DIE RECHTLICHE NATUR
DER
AUFSCHIEBENDEN EINREDEN
DES ERBEN.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

BEI DER

JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT LEIPZIG

EINGEREICHT VON

OTTO FRIEDBURG,
REFERENDAR IN HAMBURG.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

LEIPZIG
DRUCK VON ALEXANDER EDELMANN
UNIVERSITÄTS-BUCHDRUCKER.
1910.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung 1

1. Teil: Die systematische Begründung der verschiedenen Auffassungen.

A. Die Wirkungen der aufschiebenden Einreden des Erben auf materiellrechtlichem Gebiete 5
I. Die aufschiebenden Einreden und die Fälligkeit der Nachlaßforderung 7
a) Der Erbe kann zu gegenwärtiger Leistung verurteilt werden 8
b) Die Verjährung wird nicht gehemmt 11
II. Die aufschiebenden Einreden und der Exkulpationsbeweis des § 285 16
a) Verschulden ist nicht erforderlich 18
b) Die Geltendmachung der aufschiebenden Einreden ist ein zu vertretender Umstand 20
1. Die Ausübung eines Rechtes zur Lösung einer Interessenkollision ist zu vertreten 21
2. Zahlungsunfähigkeit ist zu vertreten 24
3. Der Verzugseintritt gewährleistet zweckentsprechende Anwendung der §§ 2014, 2015 28
B. Die Wirkungen der aufschiebenden Einreden des Erben auf prozeßrechtlichem Gebiete 35
I. Voraussetzung der Geltendmachung 36
II. Inhalt der dem Erben zustehenden Rechte: Beschränkung auf Arrestvollzugsmaßregeln 40
III. Art der Geltendmachung 42
a) Die aufschiebenden Einreden betreffen nicht den Anspruch selbst. § 767, Abs. 2 42
b) Geltendmachung durch Vollstreckungsgegenklage 45
1. Gerichtsstand. Klagetatsachen 45
2. Zeitliche Begrenzung 45
3. Inhalt des Urteils 46
4. Die drei Fristen der §§ 2014, 2015 BGB. 782, Satz 2 ZPO. 48

Seite

C. Bestimmung der rechtlichen Natur der aufschiebenden Einreden . 50
I. Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien 51
II. Die prozeßrechtliche Natur der aufschiebenden Einreden des Erben 56
III. Berücksichtigung des gesetzlichen Zweckes 63

2. Teil: Die praktischen Konsequenzen der aufschiebenden Einreden des Erben nach den verschiedenen Auffassungen.

A. Die allgemeinen Verzugsfolgen 67
B. Besondere Bestimmungen 70
I. Gegenseitiger Vertrag 70
a) Die Rechte aus den §§ 323—327 70
b) Der Annahmeverzug 78
II. Ausübung des Rücktrittsrechtes 82
III. Die Vertragsstrafe 83
IV. Miete und Werkvertrag 84
V. Abzahlungsgeschäft 85
VI. Die Prozeßkosten 87
Schluß 88

Literaturverzeichnis.

Binder: Die Rechtstellung des Erben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Teil, Leipzig 1903.

Böhm: Das Erbrecht des BGB. 2. Aufl. Hannover 1900.

De Claparède: Beiträge zur Lehre vom Leistungsverzug. Genf 1903.

Cosack; Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 2, 4. Aufl. Jena 1904.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Tübingen 1902.

Dernburg: Das bürgerliche Recht. Bd. 2, 5. Halle 1905.

Eccius: Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten. Gruchots Beiträge. Bd. 43, S. 603—641, 801—831.

Eccius: Ebenda Bd. 44, S. 899 ff.; Bd. 49, S. 156/57.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. Berlin 1903/05.

Engländer: Das Aufgebot der Nachlaßgläubiger. Leipzig 1906. Diss.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 3. Aufl. Marburg 1908.

Falkmann: Die Zwangsvollstreckung. Bd. 1, 2. Aufl. Berlin 1908.

Fitting: Reichskonkursrecht. 3. Aufl. Berlin 1904.

Friedenthal: Einwendung und Einrede in der ZPO. und im BGB. für das Deutsche Reich. Jena 1898.

Frommhold: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900.

Fuchs: Hindern die aufschiebenden Einreden aus den §§ 2014, 2015 den Verzug des Erben? Recht 1905, S. 339, 425.

Gaupp-Stein: Zivilprozeßordnung f. d. Deutsche Reich. 8.-9. Aufl. Tübingen 1908.
Hagen: Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten. Iherings Jahrbuch. Bd. 42, S. 43 ff.
Hellwig: Anspruch und Klagerecht. Jena 1900.
Hellwig: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. Leipzig 1903.
Herzfelder: Deutsche Juristenzeitung 1905, S. 61.
Herzfelder: In Staudingers Kommentar Bd. 5.
Hölder: Einleitung und allgemeiner Teil. München 1900.
Jaeger: Kommentar zur KO. 2. Aufl., 3.—4. Aufl., Lfg. 1 und 2. Berlin.
Isay: Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht. Iherings Jahrb. Bd. 48, S. 187 ff.
Kohler: Der Gläubigerverzug. Archiv f. bürgerl. R. Bd. 13, S. 149 ff.
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Berlin 1906.
Kuhlenbeck: Kommentar zum BGB. Bd. 3. Berlin 1904.
Landsberg: Das Recht des BGB. Berlin 1904.
Lang: Das Aufrechnungsrecht. München 1906.
Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem BGB. Leipzig 1903.
Langheineken: Urteilsanspruch. Leipzig 1899.
Merkel: Kollision rechtmäßiger Interessen und Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen. Straßburg 1895.
Müller: Zu den §§ 2014, 2015. Dt. Jur. Ztg. 1905, S. 685.
Neumann: Handausgabe des BGB. 5. Aufl. Berlin 1909.
Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.
Oetker: Konkursrechtliche Grundbegriffe I, Stuttgart 1891.
Paech: Der Leistungsverzug, eine Studie zum BGB. Berlin 1902.
Petersen: Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 2. Aufl. Lahr 1906.
Planck: Kommentar zum BGB. 3. Aufl. Bd. 1, 2, 5. Berlin 1903, 1907, 1908.

Rehbein: Das bürgerliche Recht mit Erläuterungen. Bd. 2. Berlin 1903.
Romeick: Zur Technik des BGB. Heft 1. Fristbestimmung. Stuttgart 1902.
Schmidt: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. 2. Aufl. Leipzig 1906.
Schollmeyer: Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1900.
v. Schrutka-Rechtenstamm: Kompensation im Konkurs nach österreichischem Recht mit Berücksichtigung der konkursrechtlichen Normen des deutschen Rechtes. Berlin 1881.
Seuffert: Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 10 Aufl. München 1908.
Siber: Rechtszwang in Schuldverhältnissen. Leipzig 1903.
Staudinger: Kommentar zum BGB. 3.—4. Aufl., Bd. 1, 2, 5. München 1907, 1908, 1909.
Strohal: Das deutsche Erbrecht auf Grund des BGB. 3. Aufl., Bd. 2. Berlin 1904.
Strohal: In Plancks Kommentar Bd. 5.
Utiewsky: Das Wesen und die Wirkung der aufschiebenden Einreden. Leipzig 1909. Diss.
Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts I. Leipzig 1885.
Weigelin: Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an eigner Schuld. Hannover 1904.
Weismann: Lehrbuch des Zivilprozesses. Bd. 2. Stuttgart 1905.
Wendt: Haftung des Erben, Arch. f. ziv. Praxis. Bd. 86, S. 369.
Weyl: System der Verschuldensbegriffe im BGB. für das Deutsche Reich. München 1905.
v. Wilmowski: Reichskonkursordnung. 6. Aufl. Berlin 1906.
v. Winterfeld: Die aufschiebenden Einreden des Erben und der Leistungsverzug. Berlin 1907. Diss.

Gesetzesmaterialien, Zeitschriften und Sammlungen von Entscheidungen:

Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt. Bd. 55.
Denkschrift zum Entwurf eines BGB. Berlin 1896.
Protokolle zum Entwurf eines BGB. Bd. 5 u. 6.

Posener Monatsschrift 1906.
Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Herausgegeben von Mugdan-Falkmann. Bd. 2—4.
Zeitschrift der Anwaltskammer im Oberlandesgerichtsbezirk Breslau 1905.

Einleitung.

Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, das davon ausgeht, daß mit dem Tode des Erblassers sein Vermögen als Ganzes auf den Erben übergeht, regelt in seinem zweiten Abschnitt die durch den Erbfall entstandene rechtliche Stellung des Erben. Der Grundgedanke dieser Regelung ist neben der Durchführung des Prinzips der Universalsukzession ein weitgehender Schutz des Erben gegen die Gefahren des Vermögensüberganges bei unzureichendem Nachlasse; dem Erben ist nämlich die Möglichkeit gegeben, die Erbschaft auszuschlagen oder seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken. Die Ausschlagungsmöglichkeit ist das weitgehendste Schutzmittel für den Erben, das sich denken läßt; denn wenn die Ausschlagung durch den Erben erfolgt, so wird der mit dem Erbfall eingetretene Vermögensübergang mit rückwirkender Kraft wieder aufgehoben; es gilt der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt (§ 1953 BGB.). Dieses Schutzmittel steht dem Erben 6 Wochen — im Falle des § 1944 Abs. 3 sechs Monate — zur Verfügung, jedoch nicht über den Zeitpunkt hinaus, in dem der Erbe die Erbschaft angenommen hat (§§ 1943, 1944 BGB.). In eben dieser Zeit ist die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen, die sich gegen den Nachlaß richten, gegen den Erben ausgeschlossen (§ 1958 BGB.). Von dem Zeitpunkt, an dem der Erbe die Erbschaft nicht mehr ausschlagen kann, verändert sich die Rechtslage; die sich gegen den Nachlaß richtenden Ansprüche können gegen den Erben gerichtlich geltend gemacht werden; der Schutz des Erben besteht von jetzt an darin, daß er seine Haftung für die Nach-

laßverbindlichkeiten auf den Nachlaß beschränken kann. Vor allem kommt es für den Erben darauf an, sich über den Bestand des Nachlasses Klarheit zu verschaffen, weil er erst nach erfolgter Feststellung der vorhandenen Aktiven und Passiven in der Lage ist, über die Beschränkung seiner Haftung und die dazu erforderlichen Mittel einen Entschluß zu fassen. Zur Ermittelung des Bestandes des Nachlasses dient vor allem die Inventaraufnahme; zur Feststellung der unbekannten Passiven das Aufgebot der Nachlaßgläubiger. Diese Mittel erreichen ihren Zweck nur in dem Falle, daß in dem Zeitpunkte, in dem sich herausstellt, ob der Nachlaß für die Befriedigung sämtlicher Nachlaßverbindlichkeiten ausreicht oder nicht, der Nachlaß noch ganz und unversehrt vorhanden ist; denn wenn der Erbe gezwungen ist, einzelnen Nachlaßgläubigern, deren Forderungen schon fällig sind, Teile des Nachlasses zur Befriedigung ihrer Forderungen herauszugeben, so ist, falls später wegen unzureichenden Nachlasses der Nachlaßkonkurs eröffnet wird, eine anteilige Befriedigung sämtlicher Nachlaßgläubiger unmöglich, da vor Eröffnung des Nachlaßkonkurses fällige Forderungen zum Schaden der übrigen Forderungen ganz beglichen werden mußten. Sollen also die Inventaraufnahme und das Aufgebot der Nachlaßgläubiger ihren Zweck erreichen, so muß dies verhindert werden: das geschieht durch die aufschiebenden Einreden der §§ 2014, 2015 BGB., deren Zweck darin besteht, den Nachlaß solange unversehrt zu erhalten, bis sich nach Aufnahme des Inventars bezw. Beendigung des Aufgebotsverfahrens herausstellt, daß sämtliche Gläubiger aus dem Nachlasse oder dem Vermögen des Erben befriedigt werden oder daß der unzureichende Nachlaß den Gläubigern zwecks anteiliger Befriedigung im Wege des Nachlaßkonkurses ausgeantwortet wird. Zur Erreichung dieses Zweckes gewähren die aufschiebenden Einreden dem Erben innerhalb gewisser in den §§ 2014, 2015 näher bestimmter Fristen das Recht, die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten zu verweigern. Hier-

durch wird der ungestörte Fortgang der Inventaraufnahme und des Aufgebotsverfahrens ermöglicht. Der hier angedeutete Zusammenhang der §§ 2014, 2015 mit der Inventaraufnahme und dem Aufgebotsverfahren ergibt sich auch ohne weiteres aus der Festsetzung der Fristen, in denen die aufschiebenden Einreden dem Erben zur Verfügung stehen. § 2014 bestimmt als Frist die ersten 3 Monate nach Annahme der Erbschaft, jedoch nicht über die Errichtung des Inventars hinaus, § 2015 die Zeit bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens. § 2014 legt also den Zeitraum von 3 Monaten, das ist die längste zulässige Inventarfrist (§ 1995 BGB.) zugrunde; während aber ein Inventar jederzeit gültig errichtet werden kann, beginnt die 3-Monatsfrist des § 2014 mit der Annahme der Erbschaft; es wird damit also ein Druck auf den Erben ausgeübt, das Inventar bald nach Annahme der Erbschaft aufzunehmen. Unbeschadet der Gültigkeit eines später aufgenommenen Inventars steht dem Erben der Schutz des § 2014 nicht mehr zur Seite. Entsprechend ist die Vorschrift des § 2015, nach der dem Erben das Leistungsverweigerungsrecht nur dann zusteht, wenn er „innerhalb eines Jahres nach Annahme der Erbschaft" den Antrag auf Erlaß des Aufgebots gestellt hat, während auch hier dieser Antrag nach Ablauf des ersten Jahres noch gültig gestellt werden kann. Die aufschiebenden Einreden dienen dem Interesse der Gesamtheit der Nachlaßgläubiger und des Erben; sie richten sich gegen diejenigen Nachlaßgläubiger, deren Forderungen vor oder innerhalb der Fristen der §§ 2014, 2015 fällig werden.

Während nun über den Zweck der aufschiebenden Einreden in der Literatur nicht viele Meinungsverschiedenheiten bestehen, ist ihre rechtliche Natur bestritten; es sind darüber — von einzelnen Abweichungen abgesehen — zwei Ansichten vertreten worden: die ältere, früher allgemein herrschende hält das Wesen der aufschiebenden Einreden des Erben für materiellrechtlich, die neuere Ansicht für prozeßrechtlich. Prak-

tische Bedeutung erhält diese Verschiedenheit der Auffassung durch die mit ihr in unmittelbarem Zusammenhange stehende Streitfrage, ob durch die Geltendmachung der Rechte aus den §§ 2014, 2015 der Leistungsverzug des Erben ausgeschlossen wird oder nicht. Obwohl dieser Punkt wegen seiner praktischen Bedeutung im Vordergrunde des Interesses steht, wäre es nicht erschöpfend, die Untersuchung allein auf ihn zu beschränken, ebensowenig wie es richtig wäre, die Frage dahin zu formulieren, ob die aufschiebenden Einreden materiell- oder prozeßrechtlicher Natur seien. Vielmehr ergeben sich die prozeßrechtlichen Wirkungen, und damit auch der prozeßrechtliche Charakter der Einreden direkt aus dem Gesetze (§ 782 ZPO.). Dagegen ist es bestritten, ob die aufschiebenden Einreden neben diesen Wirkungen noch solche auf dem Gebiete des materiellen Rechtes, vor allem die des Verzugsausschlusses haben, so daß die Frage zu lauten hat: Ist das Wesen der aufschiebenden Einreden als lediglich prozeßrechtlich oder daneben auch als materiellrechtlich zu bezeichnen?

Die folgende Untersuchung ist demnach neben einer Berücksichtigung der praktischen Konsequenzen beider Ansichten darauf zu erstrecken, welche Wirkungen die aufschiebenden Einreden des Erben auf dem Gebiete des materiellen sowie des prozessualen Rechtes haben, sowie darauf, ob die festgestellten Wirkungen geeignet sind, den vom Gesetz gewollten Zweck zu erreichen.

I. Teil: Die systematische Begründung der verschiedenen Auffassungen.

A. Die Wirkungen der aufschiebenden Einreden des Erben auf materiellrechtlichem Gebiete.

Die in der Einleitung genannte Frage, ob der Leistungsverzug des Erben durch Geltendmachung der aufschiebenden Einreden ausgeschlossen wird, ist im BGB. nicht ausdrücklich geregelt. Die Entstehungsgeschichte des BGB. ergibt, daß die bei der Beratung des das Inventarrecht behandelnden 7. Titels des 2. Entwurfes geschaffene Vorlage [1]) einen Hinweis auf diese Frage enthielt und darin den Ausschluß des Verzugs bestimmte. [2]) Im BGB. fehlt mit einem derartigen Hinweis eine unmittelbare Beantwortung dieser Frage.

Soll also, ohne daß dies ausdrücklich im Gesetz bestimmt ist, durch die Geltendmachung der aufschiebenden Einreden der Eintritt des Leistungsverzuges ausgeschlossen werden, so ist das nur möglich, wenn das Vorschützen der Einreden den Wegfall einer der gesetzlichen Voraussetzungen des Verzuges zur Folge hat. Ist das der Fall, so ist damit zugleich auch der materiellrechtliche Charakter der aufschiebenden Einreden

---

1) Prot. Bd. 5, S. 731.

2) Prot. Bd. 5, S. 744: § 2130 Abs. 3 (die beiden ersten Absätze entsprechen etwa den heutigen §§ 2014, 2015) lautete: Auch nach dem Ablaufe der in den Abs. 1, 2 bestimmten Fristen kommt der Erbe durch Nichterfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit nicht in Verzug, wenn die Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß binnen 2 Wochen nach dem Zeitpunkt, in welchem die Erfüllung erfolgen sollte, beantragt und der Konkurs eröffnet wird.

erwiesen. Als gesetzliche Voraussetzungen des Verzuges kommen in Frage: Fälligkeit der Forderung und Vorhandensein eines für die Nichtleistung kausalen, vom Schuldner zu vertretenen Umstandes (§§ 284, 285 BGB.).

Eine Einrede gewährt dem Schuldner das Recht, die Leistung zu verweigern. Um nun die Wirkungen einer Einrede erkennen zu können, ist als Voraussetzung anzunehmen, daß der Schuldner zu einer Leistung rechtsgültig verpflichtet ist, daß also der Gläubiger, falls der Schuldner das Einrederecht nicht besitzt, ein auf Leistung gerichtetes Klagrecht hat.

Die Wirkungen der Einreden sind verschieden, je nachdem sie dem Schuldner dauernd oder nur vorübergehend zustehen, je nachdem es sich also um peremtorische oder dilatorische Einreden handelt. Da die §§ 2014, 2015 dem Erben nur während der daselbst näher bestimmten Fristen das Einrederecht geben, so kommt für diese Untersuchung nur die letztere Art der Einrede in Frage, deren Wirkungen auf das Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner im wesentlichen in Folgendem bestehen: Das Einrederecht ist ein Gegenrecht des Schuldners gegen das Klagrecht des Gläubigers, das für die Zeit, in der die Leistung verweigert werden darf, gehemmt, hinausgeschoben wird, da es während des Bestehens der Einrede an einer Voraussetzung des Klagrechts, nämlich der Fälligkeit der Forderung, fehlt. Klagt also der Gläubiger trotz Bestehens der Einrede auf Verurteilung zu gegenwärtiger Leistung, so wird er kostenpflichtig abgewiesen, wenn der beklagte Schuldner sein Leistungsverweigerungsrecht vorschützt. Daß das Vorhandensein einer Einrede die Fälligkeit der Einrede behafteten Forderung hinausschiebt, geht auch aus folgenden Bestimmungen des BGB. hervor: „Eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, kann nicht aufgerechnet werden“ (§ 390 BGB.); denn es fehlt an der nach § 387 BGB. erforderlichen Fälligkeit der Forderung. Ferner ist die Verjährung während des Bestehens des vorübergehenden Leistungsver-

weigerungsrechtes gehemmt (§ 202, Abs. 1 BGB.); denn verjähren kann nur ein fälliger Anspruch. Als weitere Folge des Leistungsverweigerungsrechtes ergibt sich für die Dauer seines Bestehens endlich auch der Ausschluß des Leistungsverzuges, zu dessen Voraussetzungen u. a. auch die Fälligkeit der Forderung gehört (§ 284 BGB.).

Die dilatorischen Einreden besitzen aber nicht sämtlich die hier angegebenen Wirkungen, sondern es sind verschiedene gesetzliche Vorschriften getroffen, die die Wirkungen einzelner Einreden erheblich modifizieren. Zu diesen vom Regelfalle abweichenden gehören auch die aufschiebenden Einreden des Erben, sodaß die Frage, ob durch ihre Geltendmachung der Leistungsverzug ausgeschlossen wird, erst nach Prüfung der erwähnten speziellen Vorschriften beantwortet werden kann.

I. Die aufschiebenden Einreden und die Fälligkeit der Forderung.

Das BGB. gebraucht in den §§ 2014, 2015 eine andere Bezeichnung als in den übrigen, auf verzögerliche Einreden bezüglichen Bestimmungen. Während gewöhnlich der Ausdruck gebraucht wird: der Verpflichtete ist zur „Verweigerung der Leistung berechtigt", oder er „kann die Leistung verweigern" (vgl. §§ 202, 273, 320, 321 BGB.) heißt es in den §§ 2014, 2015: der Erbe ist berechtigt „die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit zu verweigern". — Es ist der Versuch gemacht worden, aus dieser Verschiedenheit des Ausdrucks eine Verschiedenheit der Rechte selbst herzuleiten[1]). Eine solche Begründung ist sehr zweifelhaft; denn wie das Oberlandesgericht Breslau[2]) darlegt, ist im 5. Buche des BGB. statt des

1) So Eccius a. a. O. Bd. 44, S. 899. Herzfelder im Kommentar § 2014, Anm. 1. Utiewsky a. a. O. § 10.

2) Vgl. Zeitsch. d. Anwaltskammer Breslau 1905, S. 11, außerdem die sich sachlich dem OLG. Breslau durchaus anschließenden Ausführungen Engländers a. a. O. S. 30 und Winterfeld a. a. O. S. 17.

Ausdrucks „Bewirkung der Leistung“ resp. „Verweigerung der Leistung“ fast durchweg der Ausdruck „Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten“ gebraucht — vgl. §§ 1973, 1979, 1985, 1986, 1992, 2059, dagegen freilich § 2083 BGB. — sodaß es daraus zu erklären ist, wenn die §§ 2014, 2015 von dem Rechte, die „Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten zu verweigern“ sprechen. Wie unsicher eine Beweisführung ist, die sich auf die Terminologie stützt, geht schon hieraus hervor. Jedenfalls aber nimmt Eccius zu Unrecht an, daß der Ausdruck „Recht die Berichtigung zu verweigern“ von der Subkommission, aus deren Verhandlungen die heutige Fassung der §§ 2014, 2015 hervorgegangen ist[1]), vielleicht gewählt sei, „weil die sonst beim Durchgreifen einer aufschiebenden Einrede eingreifende Hemmung der Verjährung ausgeschlossen werden sollte“. Diese Annahme von Eccius kann nicht zutreffen, da zu der Zeit, als die Subkommission die §§ 2014, 2015 schuf, die Vorschrift des § 202, Abs. 2, die die Formulierung der §§ 2014, 2015 beeinflußt haben soll, in der heutigen Fassung noch garnicht existierte; vielmehr sind die aufschiebenden Einreden erst später bei der Schlußrevision des BGB. in den § 202, Abs. 2 — § 197, Abs. 2 des Entw. — eingefügt worden[2]). Die Fassung der §§ 2014, 2015 ergibt also kein Argument dafür, daß die aufschiebenden Einreden des Erben sich von anderen verzögerlichen Einreden des BGB. unterscheiden.

Dieser Unterschied ergibt sich vielmehr vor allem aus den auf die aufschiebenden Einreden bezüglichen §§ 202, Abs. 2 BGB. 305 ZPO.

a) Der Erbe kann zu gegenwärtiger Leistung verurteilt werden.

Nach § 305 ZPO. wird „durch die Geltendmachung der dem Erben nach §§ 2014, 2015 BGB. zustehenden Einreden eine unter dem Vorbehalt der beschränkten Haftung ergehende

1) Näheres siehe sub C I unten. 2) Prot. Bd. 6, S. 383.

Verurteilung des Erben nicht ausgeschlossen". Den aufschiebenden Einreden des Erben fehlt also die hauptsächliche Wirkung einer materiell-rechtlichen Einrede; ihre Geltendmachung hat nicht zur Folge, daß der klagende Gläubiger kostenpflichtig abgewiesen wird, sondern der Erbe wird unter Vorbehalt der beschränkten Haftung zur Leistung verurteilt.

Über die Bedeutung dieses Urteils gehen die Ansichten auseinander. Es ist in konsequenter Vertretung der Auffassung, daß die Fälligkeit der Forderung durch Geltendmachung der Einreden hinausgeschoben werde, behauptet worden, es liege hier ein Urteil auf künftige Leistung vor, nämlich auf Leistung nach Ablauf der Einredefristen; denn eine Verurteilung auf gegenwärtige Leistung sei ausgeschlossen, solange die Forderung nicht fällig sei[1]). So richtig der letzte Satz auch ist, so unrichtig ist die Schlußfolgerung Langheinekens; denn lautete das Urteil wirklich auf Leistung nach Ablauf der Einredefristen, so würde die Zwangsvollstreckung gegen den Erben erst nach Ablauf dieser Frist zulässig sein (§ 751 ZPO.). Das ist aber nicht der Fall; vielmehr kann der Gläubiger ganz ohne Rücksicht auf den Ablauf der Fristen die Zwangsvollstreckung beginnen. Wäre das nicht so, so wäre die Vorschrift des § 782 ZPO., daß der Erbe „für die Dauer der Fristen" auf Arrestvollzugsmaßregeln beschränkt werden könne, unverständlich, da die Beschränkung einer Zwangsvollstreckung, die nach Ablauf einer Frist überhaupt erst beginnen kann, innerhalb dieser Frist undenkbar ist. Die Konstruktion Langheinekens erweist sich demnach als unhaltbar.

Ein anderer Versuch, das Hinausschieben der Fälligkeit mit der Vorschrift des § 305 ZPO. in Einklang zu bringen, läuft darauf hinaus, daß der Anspruch, den der Gläubiger vor Ablauf der Fristen habe, nicht als Erfüllungs-, sondern nur als Sicherungsanspruch bezeichnet wird. So sagt z. B. Dernburg[2]), der Gläubiger

1) So Langheineken, Anspruch und Einrede S. 355/56.
2) a. a. O. Bd. 5, S. 474, Anm. 6.

könne während der Einredefristen eine vollstreckbare Ausfertigung „nur unter einer auf den Arrestvollzug beschränkten Vollstreckungsklausel“ erhalten, und er müsse den Ablauf der Einredefristen durch öffentliche Urkunden nachweisen, um eine neue Ausfertigung „mit normaler Vollstreckungsklausel“ zu erhalten. Auch dies ist unrichtig; der Gläubiger erhält auch während der Einredefristen eine Ausfertigung des Urteils mit normaler Vollstreckungsklausel; denn der Erbe muß, um die Beschränkung der Zwangsvollstreckung auf den Arrestvollzug zu erreichen, gegen den die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger die Vollstreckungsgegenklage erheben (§ 785 ZPO.). Tut er dies nicht, so kann der Gläubiger auch während der Einredefristen die Vollstreckung bis zur Befriedigung durchführen; anderseits kann der Gläubiger auch nach Ablauf der Fristen auf Grund des gemäß § 305 ZPO. erlangten Urteils die Vollstreckung fortsetzen und beendigen, ohne daß es hierzu daneben noch eines besonderen Vollstreckungstitels bedürfte[1]). Die Annahme, daß der Gläubiger aus § 305 ZPO. nur einen Sicherungsanspruch habe, ist willkürlich und steht im Widerspruch mit den §§ 782, 785 ZPO.

Es ist also im Gegensatz zu den beiden erwähnten Auffassungen festzustellen, daß es sich im Falle des § 305 ZPO. um eine Verurteilung zu gegenwärtiger Leistung handelt. Weiterhin ist hervorzuheben, daß der Erbe gemäß § 305 ZPO. unbedingt zur Leistung verurteilt wird. Der Vorbehalt der beschränkten Haftung, unter dem die Verurteilung ergeht, bezieht sich nicht auf die Verpflichtung der Leistung, sondern nur darauf, ob dem die Vollstreckung betreibenden Gläubiger nur der Nachlaß oder auch das Erbenvermögen zur Verfügung steht. Für den Inhalt des Urteils ist dieser Vorbehalt ohne Bedeutung.

Eine unbedingte Verurteilung des Schuldners zu gegenwärtiger Leistung ist aber undenkbar ohne die Fälligkeit des

1) Vgl. OLG. Jena in Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt Bd. 55, S. 193.

Klaganspruches; denn eine solche Verurteilung bestätigt ja gerade das Vorhandensein eines fälligen Anspruches und gewährt dem Kläger einen Titel zu seiner zwangsweisen Durchführung. Es ergibt sich also daraus, daß durch die Geltendmachung der Einreden aus den §§ 2014, 2015 der Eintritt der Fälligkeit der Forderung nicht berührt wird.

b) Die Verjährung wird nicht gehemmt.

Die hier vertretene Auffassung wird bestätigt durch die Bestimmung des § 202, Abs. 2 BGB., nach der die Verjährung „durch die nach den §§ 2014, 2015 dem Erben zustehenden Einreden" nicht gehemmt wird.

Die Verjährung beginnt mit der Entstehung eines klagbaren Anspruches auf eine Leistung, die Verjährung des Anspruches aus einer persönlichen Forderung mit der Fälligkeit der Forderung. Die Verjährung ist gehemmt, solange der Schuldner zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist, solange der Anspruch auf die Leistung also nicht fällig ist. (§ 202, Abs. 1, BGB.). Wenn nun das Gesetz im Abs. 2 des § 202 für eine Reihe aufschiebender Einreden, darunter auch die der §§ 2014, 2015, eine Ausnahme dahin macht, daß durch ihr Bestehen die Verjährung nicht gehemmt wird, so kommt damit zugleich deutlich zum Ausdruck, daß mit der Hemmung der Verjährung in den genannten Ausnahmefällen auch der Grund dieser Wirkung, das Hinausschieben der Fälligkeit, fehlt.

Es ist nicht unbestritten, daß die Verjährung durch die aufschiebenden Einreden des Erben nicht gehemmt wird. So macht Hölder[1]) einen Unterschied zwischen dem bloßen Bestehen des Einrederechts und der tatsächlichen Geltendmachung des Rechtes seitens des Erben. Nur den ersten Fall decke die Vorschrift des § 202, Abs. 2, „erklärt der Erbe dem Nachlaßgläubiger, daß er auf Grund seiner gesetzlichen Berechtigung

1) a. a. O. § 202, Bemerkung 7.

die Leistung auf bestimmte Zeit verweigere, so ist die Verjährung für jene Zeit gehemmt".

Hölder steht mit dieser Auffassung vereinzelt da; vergl. dagegen statt anderer z. B. Planck[1]), der darauf hinweist, daß das Ergebnis, zu dem Hölder gelange, „mit der klaren Vorschrift des Abs. 2 unvereinbar" sei. — Wenn letzterem auch zuzustimmen ist, so ergibt doch der Konstruktionsversuch Hölders ein Argument für den engen Zusammenhang zwischen dem Hinausschieben der Fälligkeit und der Hemmung der Verjährung.

Es ist von Interesse, aus welchem Grunde durch die übrigen, in § 202, Abs. 2 aufgezählten Einreden die Verjährung nicht gehemmt wird, weil hierdurch zutage tretende Parallelen oder Unterschiede einen Rückschluß auf die rechtliche Natur der aufschiebenden Einreden des Erben gestatten.

Es kommen in Frage zunächst die Einreden des Zurückbehaltungsrechtes und des nicht erfüllten Vertrages. Bei diesen beiden Einreden ist der wesentliche Punkt der, daß der Gläubiger, gegen den die Einrede erhoben werden kann, es in der Hand hat, durch Erfüllung der dem Schuldner gebührenden Leistung (§ 273 BGB.), des gegenseitigen Vertrages (§ 320 BGB.) diese Einreden zu beseitigen. Der Gläubiger hat aber nicht nur die Möglichkeit, er hat auch die rechtliche Pflicht, seine eigene Verbindlichkeit zu erfüllen, und so das Einrederecht zu beseitigen. Mithin ist der Zweck dieser Einreden nicht der, die Bewirkung der Leistung hinauszuschieben, sondern der, Schuldverhältnisse, bei denen beide Teile zu Leistungen verpflichtet sind, in der Weise zu erledigen, daß Gläubiger und Schuldner ihre Leistungen gleichzeitig bewirken. Fordert also der Gläubiger die ihm gebührende Leistung, indem er seine eigene zugleich anbietet, so steht dem Schuldner ein Einrederecht überhaupt nicht zu; fordert er die Leistung, ohne

1) a. a. O. Bd. 1, § 202, Bemerkung 3.

seine eigene anzubieten, so erfolgt Verurteilung des Schuldners zur Leistung Zug um Zug (§§ 274, 322 BGB.). Diese Einreden schieben also die Fälligkeit der Forderung nicht hinaus, aber sie verknüpfen beide Leistungsverpflichtungen derart, daß die eine nicht ohne die andere erfüllt zu werden braucht. Es erfolgt also zwar Verurteilung des Schuldners, aber nicht unbedingt, sondern nur gegen Empfang der Gegenleistung. Insoweit wirken diese Einreden also auf den Inhalt der Verpflichtung ein: sie haben also materiellrechtliche Wirkung.

Ein Vergleich dieser Einreden mit den aufschiebenden Einreden des Erben ergibt, daß beide die Fälligkeit der Forderung nicht hinausschieben. Der Grund hierfür ist jedoch bei beiden ein verschiedener: während bei jenen der Grund darin liegt, daß der Gläubiger durch Anbieten der Gegenleistung das Einrederecht beseitigen kann, fehlt bei diesen ein solcher Grund; hier hat der Gläubiger keinerlei Einfluß auf das Bestehen des Einrederechtes des Erben. Der Grund für den Fortlauf der Verjährung liegt hier vielmehr darin, daß der Gläubiger gemäß § 305 ZPO. unbedingte Verurteilung des Erben zu gegenwärtiger Leistung fordern kann. Gerade in diesem Punkte liegt neben dem schon erwähnten der Hauptunterschied der beiden Einreden: die Einreden der §§ 2014, 2015 haben unbedingte Verurteilung, die der §§ 273, 320 BGB. eine durch das Angebot der Gegenleistung bedingte Verurteilung zur Folge.

Neben den hier besprochenen zählt § 202 Abs. 2 noch die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung, der Vorausklage und die dem Bürgen gemäß § 770 BGB. zustehenden Rechte auf. Während bei der Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung (vgl. z. B. die §§ 258, 867, 1005 BGB.) und der Vorausklage der Grund für den Fortlauf der Verjährung darin liegt, daß die Beseitigung der Einrederechte in der Hand des Gläubigers liegt, ist bei den dem Bürgen zustehenden Rechten der Grund hierfür in der Abhängigkeit der Bürgschaftsforderung von der Hauptforderung zu suchen. Da nämlich Anfechtbarkeit und

Aufrechenbarkeit die Verjährung der Hauptforderung nicht hemmen, weil die bloße Möglichkeit, die Forderung durch Anfechtung oder Aufrechnung zu vernichten, die Geltendmachung der Forderung nicht ausschließt, so fehlt es auch bei der akzessorischen Bürgschaftsforderung an einem Grunde, die Hemmung der Verjährung eintreten zu lassen [1]). Die Geltendmachung der letztgenannten Einreden im Prozesse hat Klagabweisung des Gläubigers zur Folge; hierin zeigt sich der materiellrechtliche Charakter dieser Einreden und zugleich auch ihre große Verschiedenheit von den aufschiebenden Einreden des Erben, mit denen sie nur das gemeinsam haben, daß durch ihr Bestehen der Lauf der Verjährung nicht gehemmt wird.

Als Resultat dieser Ausführung ergibt sich, daß die Begriffe „Fälligkeit" und „dilatorische Einrede" sich nicht von vornherein ausschließen, sondern, daß es dilatorische Einreden gibt, die den Eintritt der Fälligkeit nicht hindern, und daß zu diesen Einreden auch die aufschiebenden Einreden des Erben gehören.

Diese Ansicht wird vertreten von

Eccius: (a. a. O. Bd. 44, S. 899 ff; Bd. 49, S. 156/57);

Herzfelder: (Kommentar Bd. 5, S. 253, Dt. Jur. Ztg. 1905, S. 61);

Strohal: (in Planks Komm. Bd. 5, Vorbem. 6 zu §§ 2014, 2015);

Hellwig: (Lehrbuch Bd. 1, S. 255/56, Anspruch S. 378 ff);

Fuchs: (Recht 1905, S. 339, 425);

Müller: (Dt. Jur. Ztg. 1905, S. 685/6);

Landsberg: (a. a. O. § 298, S. 1158);

Utiewsky: (a. a. O. S. 12 ff);

OLG. Jena: (a. a. O. Bd. 55, S. 193);

OLG. Marienwerder: das die diesbezügl. Ausführungen

---

1) Vgl. Planck a. a. O. Bd. 1, § 202, Bem. 3. Staudinger a. a. O. Bd. 1, § 202, Bem. 3, 6. Hölder a. a. O. § 202, Bem. 6.

Herzfelders als „zwingend“ bezeichnet (Posener Monatsschrift 1906, S. 97).

Die hier genannten vertreten sämtlich die neuere Ansicht von der rechtlichen Natur der aufschiebenden Einreden des Erben. —

sowie von

Siber: (a. a. O. S. 142);

Paech: (a. a. O. S. 31);

De Claparède: (a. a. O. S. 41);

Oertmann: (a. a. O. S. 109) und

Winterfeld: (a. a. O. S. 41).

Dagegen wird die Ansicht, daß die Fälligkeit durch die aufschiebenden Einreden des Erben hinausgeschoben wird, vertreten von

Planck: (a. a. O. Bd. 2, § 284, Bem. 3, 7e);

Dernburg: (a. a. O. Bd. 5, § 168, S. 474);

Endemann: (a. a. O. Bd. 3, S. 413);

Langheineken: (a. a. O. S. 356);

Cosack: (a. a. O. § 380 III 2 b);

Kuhlenbeck: (a. a. O. Bd. 3, S. 103);

Engländer: (a. a. O. S. 36), außerdem vom Kammergericht (Rechtspr. der OLG. Bd. 2, S. 388, Bd. 3, S. 434) und OLG. Breslau (a. a. O. S. 11).

Die hier genannten sind im wesentlichen die Vertreter der älteren Ansicht, deren Hauptargument für den Ausschluß des Verzuges durch die Geltendmachung der Rechte aus den §§ 2014, 2015 in dem Hinausschieben der Fälligkeit besteht. So zwingend aber das Argument — vor Eintritt der Fälligkeit kein Leistungsverzug — auch ist, so läßt sich seine Voraussetzung nicht aufrecht erhalten, wie oben ausgeführt ist.[1])

---

1) Eine Folge des Eintritts der Fälligkeit besteht darin, daß das Bestehen der Einrederechte der §§ 2014, 2015 nicht die Aufrechnung mit der dem Gläubiger gegen den Nachlaß zustehenden Forderung ausschließt. § 390 BGB., der anscheinend das Gegenteil hiervon bestimmt, geht davon

Zugleich ergibt sich aus der obigen Untersuchung, daß auf Grund des Wegfalls dieses Argumentes eine Stellungnahme zu der, dieser Erörterung zugrunde liegenden Frage noch nicht möglich ist; denn wenn es materiellrechtliche Einreden gibt, die die Fälligkeit nicht hinausschieben, so folgt aus dem Eintritt der Fälligkeit bei Geltendmachung der aufschiebenden Einreden des Erben noch nicht, daß sie keine materiellrechtlichen Einreden sind. Mit Recht weist v. Winterfeld [1]) auf Grund der zitierten Untersuchungen von Siber, Claparède, Paech und Oertmann auf diesen Punkt hin.

Die gegenteilige Ansicht wird neuerdings von Utiewsky [2]) vertreten, allerdings ohne weitere Begründung als eine allgemeine Berufung auf die herrschende Meinung und die „überwiegende und autoritätvolle Meinung der beiden Kommentare." Daß letztere Berufung wenigstens, soweit sie den Planckschen Kommentar betrifft, unberechtigt ist, zeigt sich daraus, daß der Bearbeiter des 5. Bandes seine Ansicht keineswegs allein auf den Eintritt der Fälligkeit gründet, sondern in eingehender Weise die Beziehungen der aufschiebenden Einreden des Erben zu allen Voraussetzungen des Leistungsverzuges untersucht.

II. Die aufschiebenden Einreden und der Exkulpationsbeweis des § 285.

Neben der Fälligkeit der Forderung kommt, da die Voraussetzung der Mahnung, Klageerhebung bezw. Zustellung eines

---

aus, daß durch das Bestehen des Einrederechtes die Fälligkeit der Forderung hinausgeschoben ist und damit eine Voraussetzung der Aufrechnungsmöglichkeit fehlt (vgl. hierzu Planck a. a. O. Bd. 2, § 390, Bem. 1). Da die Rechte aus den §§ 2014, 2015 die Fälligkeit der Forderung aber garnicht berühren, so fällt dieser Grund fort und es steht, da alle Voraussetzungen hierzu gegeben sind (§ 387 BGB.), der Aufrechnung nichts im Wege (s. Näheres hierüber sub. B I).

1) a. a. O. S. 41.

2) a. a. O. S. 15: „Weil die Einreden aus §§ 2014, 2015 die Fälligkeit nicht hinausschieben, sind sie keine materiellrechtlichen Einreden."

Zahlungsbefehls im Mahnverfahren als eine Handlung des Gläubigers ohne weiteres als gegeben betrachtet werden kann, noch die Voraussetzung des § 285 in Betracht. Zwar ergibt sich aus der negativen Fassung dieses Paragraphen, daß der Gläubiger, der im Prozesse den Leistungsverzug geltend macht, nur die Fälligkeit der Forderung und die Mahnung oder was nach § 284, Abs. 1, Satz 2 einer Mahnung gleichsteht, zu behaupten hat, während der Beweis des Unterbleibens der Leistung infolge eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, dem beklagten Schuldner obliegt. Dies kann hier als eine Frage der Beweislast unberücksichtigt bleiben; jedenfalls ist das Vorhandensein eines für die Nichtleistung kausalen, vom Schuldner zu vertretenden Umstandes logisch als Voraussetzung des Leistungsverzuges zu bezeichnen[1]).

Die Vorschrift des § 285 ist bei der Erörterung der Frage, ob die Geltendmachung der aufschiebenden Einreden des Erben den Eintritt des Leistungsverzuges hindert oder nicht, zunächst unberücksichtigt geblieben. Die Hauptvertreter der älteren Ansicht stützten den Verzugsausschluß auf den Mangel der Fälligkeit. Demgegenüber begnügten sich die ersten Vertreter der neueren Ansicht, wie Eccius und Herzfelder, mit dem Nachweis des Eintrittes der Fälligkeit, um den Schluß zu ziehen, der Leistungsverzug werde durch Geltendmachung der Rechte aus den §§ 2014, 2015 nicht ausgeschlossen. Als erster hat Strohal in seiner Bearbeitung des Erbrechts in Plancks Kommentar den Standpunkt der neueren Ansicht auf breiterer Basis begründet, indem er die Wirkungen der aufschiebenden Einreden des Erben auf sämtliche Voraussetzungen des Leistungsverzuges prüfte. Andererseits ist auch der Versuch gemacht worden, den Standpunkt der älteren Auffassung in der Weise festzuhalten, daß der Ausschluß des Verzuges nicht mit dem Mangel

1) Dies wird verkannt von Utiewsky a. a. O. S. 19, der aus der Regelung der Beweislast den Schluß zieht, daß Verschulden keine Voraussetzung des Verzuges sei.

der Fälligkeit, sondern mit dem Fehlen der zweiten Voraussetzung des Verzuges begründet wird, indem geltend gemacht wird, daß bei Vorschützung der Einreden die Nichtleistung des Erben auf einem Umstande beruhe, den er nicht zu vertreten habe. v. Winterfeld, der in seiner Schrift: die aufschiebenden Einreden des Erben und der Leistungsverzug[1]) diesen Gesichtspunkt eingehend begründet, sucht mit dieser Konstruktion einerseits das Resultat der älteren Auffassung festzuhalten, andererseits dadurch, daß er den Eintritt der Fälligkeit anerkennt und die hieraus sich ergebenden Konsequenzen zieht, die der älteren Ansicht vielfach gemachten Vorwürfe der praktischen Unhaltbarkeit ihres Standpunktes zu entkräften.

a) Verschulden ist nicht erforderlich.

Die Bedeutung des § 285 für die hier zu erörternde Frage ist eine verschiedene, je nachdem man davon ausgeht, daß Verschulden des Schuldners Voraussetzung des Leistungsverzuges sei oder nicht. Die große Bedeutung, die in der Literatur bei der Auslegung des § 285 der Verschuldensfrage beigelegt wird, ist zunächst auffällig, da § 285 als Voraussetzung nicht etwa ein Verschulden, sondern einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand nennt. Zu erklären ist diese Erscheinung wohl aus einem vorwiegend historischen Interesse, wie sich nämlich das BGB. zu der gemeinrechtlichen Streitfrage, ob zum Verzuge Verschulden erforderlich sei oder nicht, gestellt hat. So berechtigt ein solches Interesse und so richtig auch die Feststellung sein mag, daß nach bürgerlichem Recht wohl fast in allen denjenigen Fällen, in denen es nach gemeinem Recht bestritten war, ein Verschulden erforderlich ist, so darf dabei doch nicht verkannt werden, daß die Fragestellung, ob Verschulden Voraus-

1) Vgl. hierzu auch die Besprechung Hedemanns im Archiv für Bürgerl. Recht Bd. 31, S. 414/15.

setzung des Leistungsverzuges sei, der Behandlung der Materie im BGB. nicht entspricht und nicht gerecht wird.

Die herrschende Ansicht, insbesondere auch die Hauptvertreter der Verschuldenstheorie,[1]) erkennt an, daß im Falle des § 279 das BGB. eine Ausnahme vom Verschuldensprinzip macht; d. h. also in dem überaus häufigen Falle, wo die Nichtleistung einer Gattungssache auf dem Unvermögen des Schuldners beruht, tritt, solange die Leistung objektiv möglich ist, auch dann Leistungsverzug ein, wenn dem Schuldner „ein Verschulden nicht zur Last fällt" (§ 279). Wenn das aber für einen derartig häufigen Fall — zu denken ist hier vor allem an eine auf dem Mangel an Geld beruhende Nichtleistung — anerkannt wird, dann kann keine Rede davon sein, daß nach bürgerlichem Recht Leistungsverzug ohne Verschulden des Schuldners undenkbar sei. Dies wird angesichts der Erscheinung, daß die sich in der Literatur häufig findende Äußerung, das BGB. entscheide die gemeinrechtliche Streitfrage im Sinne der Verschuldenstheorie, von dem historischen Zusammenhange, in dem sie allein zutreffend ist, losgelöst und als schlechthin für das bürgerliche Recht maßgebend betrachtet wird, wiederholt ausdrücklich hervorgehoben[2]).

Von dem besonderen Zusammenhange des § 279 mit den §§ 2014, 2015 wird noch im einzelnen die Rede sein müssen; hier war nur festzustellen, daß es nicht angängig ist, daraus, daß dem Erben, der auf Grund seiner Rechte gemäß §§ 2014, 2015 die Leistung verweigert, kein Verschulden zur Last fällt, zu schließen, daß deshalb der Leistungsverzug ausgeschlossen sei[3]).

---

1) So z. B. Planck a. a. O. Bd. 2, § 284, Bem. 7 f. Staudinger a. a. O. Bd. 2, § 285 1. Cosack a. a. O. Bd. 1, § 105 I 3 b. Schollmeyer a. a. O. § 285 Ib. Crome a. a. O. Bd. 2, § 161 2.

2) Vgl. z. B. Endemann a. a. O. Bd. 1, S. 780; Oertmann a. a. O. § 285 1a; Landsberg a. a. O. S. 344; hierzu siehe auch die erklärende Note S. 314; besonders auch Weyl a. a. O. S. 494, 497 ff.

3) So z. B. v. Winterfeld a. a. O. S. 43, 44.

Die Entscheidung dieser Frage ist vielmehr abhängig nicht von einem Verschulden des Erben, sondern davon, ob er den Umstand, auf dem die Nichtleistung beruht, zu vertreten hat oder nicht.

b) Die Geltendmachung der Einreden ist ein zu vertretender Umstand.

Auf die Frage, welche Umstände der Schuldner zu vertreten habe, wird in der Regel geantwortet[1]), das bestimme sich nach den §§ 276—279. Diese Antwort ist nicht erschöpfend. Wie sich nämlich schon aus dem engen Zusammenhange der genannten Paragraphen mit dem vorhergehenden § 275 ergibt, trifft sie nur für die Fälle zu, in denen der Verzug auf einer zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung beruht, nicht aber auf diejenigen Fälle, in denen die Leistung zwar möglich ist, der Schuldner jedoch aus irgendwelchen Gründen nicht leisten will. Diese Fälle werden durch den Hinweis auf die §§ 276 bis 279 nicht getroffen, ebenso wie auch die Frage, ob der Umstand, auf dem die Nichtleistung beruht, verschuldet ist oder nicht, diesen Punkt nicht berührt; denn hier handelt es sich garnicht um einen vorsätzlich, fahrlässig oder durch fremdes Verschulden herbeigeführten Umstand, der die geschuldete Leistung unmöglich macht, noch auch um unverschuldetes Unvermögen des Schuldners. Vielmehr ist in diesen Fällen die Leistung möglich, aber der Schuldner erklärt: ich will nicht leisten.

Um einen solchen Fall handelt es sich bei der hier vorliegenden Frage. Der Erbe kann zwar leisten, aber er verweigert die Leistung auf Grund der ihm aus den §§ 2014, 2015 zustehenden Rechte. Die Vorschützung dieser Einrederechte ist also der Umstand, auf dem die Nichtleistung beruht, sodaß also die Frage zu lauten hat: Ist die Geltendmachung der Rechte

---

1) So von Planck a. a. O. Bd. 2, § 284 7f; Oertmann a. a. O. § 285 2; Staudinger a. a. O. Bd. 2, § 285 3.

aus den §§ 2014, 2015 ein Umstand, den der Erbe zu vertreten hat?

1. Die Ausübung eines zur Lösung einer Interessenkollision gegebenen Rechtes ist zu vertreten.

Dem BGB. ist der Gedanke, daß jemand, dem ein Recht zusteht, die Ausübung dieses Rechtes zu vertreten hat und für etwa daraus entstehenden Schaden verantwortlich ist, durchaus nicht fremd. Strohal hat bei Besprechung der aufschiebenden Einreden des Erben[1]) darauf hingewiesen, daß das BGB. bei der Lösung einer vorhandenen Kollision von widerstreitenden Interessen durchweg den Standpunkt vertritt, daß der Berechtigte die Ausübung seines Rechtes vertreten muß. Derartige Bestimmungen enthalten z. B. die §§ 904, 258, 867, 1005, 962 BGB. In diesen Fällen findet die Lösung der Interessenkollision in der Weise statt, daß dem unmittelbarer oder schwerer bedrohten Teile auf Kosten des Anderen ein Recht eingeräumt wird, das ihn aber, wenn er es ausübt, zum Schadensersatz verpflichtet; m. a. W. die Lösung der Interessenkollision erfolgt auf Kosten aller Beteiligten: während der eine Teil für die Ausübung seines Rechtes zum Schadensersatz verpflichtet ist, muß sich der andere einen Eingriff in seine Rechte gefallen lassen und erhält dafür nur eine Schadensersatzforderung, die durchaus nicht immer gleichwertig ist; man denke z. B. nur daran, daß lediglich der Vermögensschade ersetzt zu werden braucht.[2])

In der Tat sind hier beachtenswerte Analogien mit dem vorliegenden Falle vorhanden: der Widerstreit der Interessen zwischen dem Gläubiger einer fälligen Forderung und der Gesamtheit der Gläubiger, deren Forderungen noch nicht fällig

---

1) Vgl. zu folgendem seine Ausführungen in Plancks Kommentar Bd. 5, S. 207/08, Bem. 6d.

2) Merkel a. a. O. S. 147/48.

sind. Letztere sind schwerer bedroht; denn wenn trotz unzureichenden Nachlasses der Erbe die fälligen Forderungen sofort begleichen müßte, so würden die später fälligen nicht mehr oder nicht mehr in voller Höhe befriedigt werden können. Dagegen ist es der geringere Nachteil, wenn die Gläubiger fälliger Forderungen gezwungen werden, solange zu warten, bis sich herausstellt, ob der Nachlaß für alle Forderungen ausreicht.

Das Gesetz wählt nun in den §§ 2014, 2015 entsprechend den anderen erwähnten Fällen den Weg, auf dem der schwerere Nachteil vermieden werden kann. Dieser bis zu diesem Punkte durchaus gleichen Regelung entspricht es nun durchaus, daß derjenige, dem das Gesetz das Recht einräumt, den schwereren Nachteil zu vermeiden, die Ausübung dieses Rechtes auch zu vertreten hat; andernfalls würde der Erbe nur Vorteile, der im Besitze einer fälligen Forderung befindliche Nachlaßgläubiger nur Nachteile aus der Lösung der Interessenkollision haben.

Nur in einem Punkte scheint die Regelung dieses Falles von den anderen erwähnten Fällen abzuweichen. Diesen Punkt hebt v. Winterfeld[1]), der im übrigen den diesbezüglichen Ausführungen Strohals „die überzeugende Kraft“ nicht abspricht, hervor: im Falle der §§ 904 usw. wird das die Interessenkollision lösende Recht ausschließlich im Interesse dessen ausgeübt, der es nachher zu vertreten hat. Dies sei, wie v. Winterfeld ausführt, hier nicht der Fall: der Erbe schütze die Einreden nicht in seinem Interesse, sondern im Interesse der Nachlaßgläubiger vor, deshalb stimme die Analogie hierin nicht, und es sei unbillig, daß der Erbe die Ausübung eines Rechtes vertreten solle, das er für die Gesamtheit der Nachlaßgläubiger, nicht zu seinem eigenen Vorteile ausgeübt habe.

Dieses Bedenken würde gerechtfertigt sein, wenn in jedem Falle, einerlei ob der Nachlaß zureichend ist oder nicht, der Erbe persönlich die Verzugsfolgen zu tragen hätte. Dies trifft

1) a. a. O. S. 54.

jedoch nicht zu. Es ist hier vielmehr zu unterscheiden, ob sich der Nachlaß später als unzureichend herausstellt oder nicht. Im ersteren Falle wird der Erbe, der bei Vorschützung der Einreden ja noch die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung haben muß (§ 2016), seine Haftung stets auf den Nachlaß beschränken; d. h. also er vertritt dann die Geltendmachung der Einreden nicht persönlich, sondern nur mit dem Nachlaß, der nicht ihm, sondern der Gesamtheit der Nachlaßgläubiger zukommt. Der Erbe, dessen Stellung in diesem Falle der eines Beauftragten in der Tat sehr nahe kommt, übt das Recht aus zu Gunsten und auf Kosten der Nachlaßgläubiger, sodaß sich hier das gleiche Resultat ergibt, wie in den erwähnten Fällen der §§ 904, 258 usw.: die Ausübung des Rechts wird von demjenigen vertreten, in dessen Interesse es ausgeübt ist, nämlich von der Gesamtheit der Nachlaßgläubiger.

Es ist nun möglich, daß der Erbe trotz unzureichenden Nachlasses die Geltendmachung der Einreden persönlich zu vertreten hat, nämlich dann, wenn er die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung später verloren hat, etwa durch Errichtung eines ungetreuen Inventares (§ 2005 BGB.). Dieser Fall ist, solange die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung besteht, genau so, wie der eben erwähnte; eine Veränderung tritt mit dem Verlust dieser Möglichkeit ein. Jetzt haftet nämlich der Erbe ebenso wie für alle anderen Nachlaßverbindlichkeiten, auch für die eingetretenen Verzugsfolgen persönlich. Die persönliche Haftung rechtfertigt sich hier als Strafe für die „absichtlich“ herbeigeführte Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit des Inventars.

Ist dagegen der Nachlaß zureichend und tritt die Haftungsbeschränkung aus diesem Grunde nicht ein, so treffen die Verzugsfolgen von vornherein den Erben; wohl mit vollem Recht, denn in diesem Falle hat die Geltendmachung der Einreden der tatsächlichen materiellen Rechtslage nicht entsprochen. Die schwerere Bedrohung, die durch die Hinausschiebung der

Befriedigung der fälligen Forderungen vermieden werden sollte, hat in Wirklichkeit garnicht bestanden. Das Recht ist zu Unrecht ausgeübt worden. Die Hinausschiebung der Befriedigung ist nicht im Interesse der Gesamtheit der Nachlaßgläubiger erfolgt — ein solches Interesse hat garnicht bestanden, da der Nachlaß ja für alle Forderungen ausreichte — sondern lediglich im Interesse des Erben, der sich so, ungestört durch die Zugriffe einzelner Nachlaßgläubiger über den Bestand des Nachlasses volle Gewißheit hat verschaffen können. Dementsprechend ist es auch durchaus gerechtfertigt, daß der Erbe die Ausübung der ihm zustehenden Rechte in diesem Falle zu vertreten hat.

Der von v. Winterfeld gemachte Einwand ist also ungerechtfertigt. Vielmehr ist es bei der Vorschützung der Einreden, also zu einer Zeit, in der die Frage der Haftungsbeschränkung noch unentschieden ist, noch ungewiß, zu wessen Gunsten und auf wessen Kosten das Recht ausgeübt wird. Dies entscheidet sich zugleich mit der endgültigen Erledigung der Haftungsfrage, wenn feststeht, ob der Nachlaß zureichend ist oder nicht.

Der hier erwähnte Vergleich mit der in den §§ 904 usw. getroffenen Regelung von Interessenkollisionen zwingt natürlich noch nicht zu dem Schluß, daß durch Verweigerung der Befriedigung einer fälligen Nachlaßverbindlichkeit der Verzug des Erben eintreten müsse; vielmehr weist er nur auf die Möglichkeit, vielleicht auch Wahrscheinlichkeit des Verzugseintrittes in diesem Falle hin.

2. Zahlungsunfähigkeit ist zu vertreten.

Der Zweck der aufschiebenden Einreden des Erben besteht darin, daß bei Ungewißheit über den Bestand des Nachlasses der Erbe nicht genötigt sein soll, den Nachlaß durch Befriedigung der fälligen Forderungen zu verringern; vielmehr soll

der Nachlaß innerhalb der Fristen den Zugriffen der Nachlaßgläubiger entzogen sein, damit in dieser Zeit festgestellt werden kann, ob der Nachlaßkonkurs eröffnet werden muß. In diesem Falle besteht die Bedeutung der §§ 2014, 2015 darin, daß sie zu einer Zeit, in der die Unzulänglichkeit des Nachlasses noch nicht feststand, die spätere Durchführung des Nachlaßkonkurses ermöglichen. Dadurch, daß der Erbe auf Grund der §§ 2014, 2015 gegenüber dem die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger die Beschränkung der Vollstreckuug auf Arrestvollzugsmaßregeln verlangen kann (§ 782 ZPO.), wird für den eventl. zu eröffnenden Nachlaßkonkurs die par conditio creditorum gesichert; denn die dem Gläubiger zu seiner Sicherung durch § 782 ZPO. eingeräumten Rechte berechtigen ihn nicht zur abgesonderten Befriedigung im Nachlaßkonkurse (§ 221 KO.). Ohne die §§ 2014, 2015 wäre die Wahrung der par conditio creditorum im Nachlaßkonkurs unmöglich, da dann die Gläubiger der nicht fälligen Forderungen durch die rechtzeitige Befriedigung der fälligen Forderungen benachteiligt würden.

Es läßt sich also hiernach sagen, daß der sich aus dem Zusammenhange des Gesetzes ergebende Grund der Geltendmachung der aufschiebenden Einreden des Erben in der möglicherweise vorhandenen Überschuldung des Nachlasses liegt, die ihrerseits als Voraussetzung zur Eröffnung des Nachlaßkonkurses erforderlich und genügend ist (§ 215 KO.). Die oben gestellte Frage, ob der Erbe die Geltendmachung der Einreden zu vertreten habe, spitzt sich also zu auf die Frage: ist eine möglicherweise vorhandene Überschuldung des Nachlasses ein zu vertretender Umstand im Sinne des § 285?

Der Schuldner hat nach § 279 unverschuldetes Unvermögen, insbesondere Zahlungsunfähigkeit, zu vertreten. Ist also ein Nachlaß überschuldet und der Erbe infolgedessen unvermögend, die Gläubiger voll zu befriedigen, so sind diese zur Geltendmachung der infolgedessen entstandenen Verzugsfolgen berechtigt.

Ist das aber bei einer tatsächlich vorhandenen Überschuldung der Fall, so muß dasselbe auch gelten, wenn infolge einer nur möglicherweise vorhandenen Überschuldung des Nachlasses nicht geleistet wird. Es läge ein Widerspruch darin, ein vorhandenes Unvermögen als einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand zu bezeichnen, ein nur möglicherweise vorhandenes dagegen nicht. Wenn die aufschiebenden Einreden für den Fall, daß der Nachlaß sich als unzureichend herausstellt, die Durchführung des späteren Nachlaßkonkurses sichern sollen, so läßt sich kein Grund finden, warum das Gesetz während des Zwischenstadiums, in dem der Bestand des Nachlasses noch ungewiß ist, andere und zwar schärfere und für die dadurch betroffenen Nachlaßgläubiger empfindlichere Maßregeln treffen sollte, als es nach Eröffnung des Nachlaßkonkurses für nötig erachtet, nachdem also die Möglichkeit, mit der gerechnet wurde, sich verwirklicht hat. Im Konkurse sind aber die Gläubiger zur Geltendmachung der infolge der der Konkurseröffnung zugrunde liegenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners eingetretenen Verzugsfolgen berechtigt[1]), sodaß hier also die Masse mit den Verzugsfolgen — z. B. einer Konventionalstrafe oder einer Schadenersatzforderung — belastet wird. Ist das aber der Fall, so muß dasselbe auch gelten, wenn der Erbe auf Grund der ihm nach den §§ 2014, 2015 zustehenden Rechte die Befriedigung der Nachlaßgläubiger verweigert.

v. Winterfeld beruft sich für die Begründung des Verzugsausschlusses darauf, daß in dem „konkursähnlichen Zustand alle Gläubiger ein gleiches Recht auf Befriedigung hätten“[2]). Ein Vergleich mit den Vorschriften der KO. ergibt aber, daß es zur Wahrung der par conditio creditorum im Nachlaßkonkurs nicht erforderlich ist, die fälligen Forderungen durch Nichteintritt der Verzugsfolgen zinslos zu lassen und so zugunsten

1) Vgl. Jaeger, Konkursordn. § 3, Anm. 16. Wilmowski a. a. O. § 3, Anm. 8.

2) a. a. O. S. 48.

der übrigen Forderungen zu benachteiligen. Vielmehr berücksichtigt die Konkursordnung die auseinander fallenden Fälligkeitstermine der Forderungen; denn wenn auch eine gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger eine gleichzeitige Berichtigung erfordert und demgemäß befristete Forderungen als fällig gelten (§ 65, Abs. 1 KO.), so kommt der spätere Fälligkeitstermin der befristeten Forderung dadurch zur Geltung, daß bei unverzinslichen Forderungen Zwischenzinsen vom Betrag der Forderung abgezogen werden (§ 65, Abs. 2 KO.). Dies hat zur Folge, daß die fälligen Forderungen durch die Fiktion des § 65, Abs. 1 nicht ungebührlich benachteiligt werden.

Im Falle der §§ 2014, 2015 ist die Sachlage dahin verändert, daß die Wahrung der par conditio creditorum nicht für den gegenwärtigen Zeitpunkt des Konkursverfahrens erfolgen soll, sondern nur Fürsorge getroffen wird, daß die par conditio in einem künftigen Zeitpunkt, nämlich dem der Eröffnung des Nachlaßkonkurses gewahrt werden kann, falls sich letztere innerhalb der Fristen der §§ 2014, 2015 als notwendig herausgestellt hat. Diesem Unterschied entsprechend wendet das Gesetz zur Erreichung desselben Zweckes ein anderes Mittel an. Der Erbe kann während der Dauer der Fristen zwar nicht die Fälligkeit und Sicherstellung, aber doch die Befriedigung der fälligen Nachlaßforderungen hinausschieben, sodaß hierdurch die zeitliche Einheit der Befriedigung sämtlicher vorhandener Forderungen gewahrt und die ohne das Recht der aufschiebenden Einreden unvermeidliche Bevorzugung der fälligen Forderungen vermieden ist. Ein Ausschluß der Verzugsfolgen würde über den so erreichten Zweck der Vorschrift hinausgehen und mit den entsprechenden Vorschriften der KO. in Widerspruch stehen; denn wenn hiernach eine Bevorzugung der fälligen Forderungen vor den befristeten vermieden werden sollte, würden nun umgekehrt die fälligen Forderungen gegenüber den noch nicht fälligen sehr stark benachteiligt werden. Bei Annahme des Verzugseintrittes wird einerseits der Zweck der

Vorschrift, nämlich die Wahrung der par conditio creditorum im späteren Nachlaßkonkurse erreicht, anderseits wird die verschiedene Fälligkeit der Forderungen durch das Hinzukommen von Verzugszinsen in einer der Konkursordnung entsprechenden Weise berücksichtigt.

Die Verschiedenheit des Zeitpunktes, für den die par conditio creditorum hergestellt werden soll, hat einen lediglich rechnungsmäßigen Unterschied zur Folge. Ob Zinsen von dem Betrage einer zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht fälligen Forderung abgerechnet werden, oder ob zum Betrage einer schon vor Konkurseröffnung fällig gewesenen Forderung Zinsen hinzu kommen, macht sachlich durchaus keinen Unterschied; denn in der verschiedenen Regelung beider Fälle läßt sich der gleiche Grundgedanke finden: die par conditio creditorum wird gewahrt unter Berücksichtigung von auseinanderfallenden Fälligkeitsterminen unverzinslicher Forderungen.

3. Der Verzugseintritt gewährleistet zweckentsprechende Anwendung der §§ 2014, 2015.

Die hier erörterte Frage, ob die Ausübung gewisser Rechte, insbesondere der Rechte aus den §§ 2014, 2015 als ein zu vertretender Umstand bezeichnet werden kann, wird verneint

von Paech (a. a. O. S. 32),
Claparède (a. a. O. S. 41, Anm.),
Siber (a. a. O. S. 142),
Oertmann (a. a. O. § 284) und
v. Winterfeld (a. a. O. S. 43—56).

Siber, Paech, Claparède und Oertmann begründen ihre Auffassung nicht näher, sondern halten es für selbstverständlich, daß „der Verzugseintritt durch Bestehen einer Einrede ausgeschlossen wird. Denn jedenfalls bewirkt die Einrede, daß dem Schuldner die Unterlassung der Leistung nicht mehr als ein von ihm zu vertretender Umstand aufgefaßt werden darf, und

das schließt nach § 285 den Verzug aus“ [1]). Eingehender wird dieser Punkt von v. Winterfeld behandelt, dessen Argumentation etwa folgende ist. Wenn man lediglich die Vorteile betrachte, die der Erbe von der Leistungsverweigerung habe, so werde man zu der Auffassung gedrängt, der Erbe müsse diesen ihm so günstigen Umstand auch vertreten (S. 47); aber die Geltendmachung der Einreden erfolge doch in erster Linie im Interesse der Nachlaßgläubigergesamtheit, um nämlich in dem nach dem Tode des Schuldners eingetretenen konkursähnlichen Zustande eine gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger zu erzielen (a. a. O. S. 48): der Verlust der Verzugszinsen durch den Gläubiger einer fälligen Forderung sei für diesen gleichsam eine „Versicherungsprämie“ für eine allgemeine gleichmäßige Befriedigung, während anderseits der tatsächliche Vorteil, den der Erbe durch das Nichtauszahlen der Verzugszinsen habe, ihn anreizen solle, von dem Rechte der §§ 2014, 2015 im Interesse der Gesamtheit der Nachlaßgläubiger Gebrauch zu machen; denn ohne diesen Anreiz blieben diese Vorschriften leicht „tote Paragraphen“ (a. a. O. S. 54), ein „äußerlich kunstvolles, theoretisches Gebilde“, das sich nicht zur praktischen Anwendung eigne.

Die hier angeführten Folgerungen v. Winterfelds sind unrichtig. Es ist zunächst festzustellen, daß der Ausgangspunkt v. Winterfelds über die Bedeutung und den Zweck der §§ 2014, 2015 annähernd der gleiche ist wie der hier vertretene. Auch v. Winterfeld geht davon aus, daß die aufschiebenden Einreden nicht den Erben schützen, sondern „primär die Aussicht der Nachlaßgläubiger auf gleichmäßige Befriedigung erhöhen sollen“ (a. a. O. S. 54).

Trotz dieses ähnlichen Ausgangspunktes entsprechen die v. Winterfeld gezogenen Folgerungen nicht dem Zweck der §§ 2014, 2015, der vielmehr nur durch den Eintritt des Verzuges erreicht wird.

1) So Oertmann a. a. O. § 284.

Die §§ 2014—2017 sind nämlich offenbar für den Fall zugeschnitten, daß es zum mindesten fraglich ist, ob der Nachlaß für die Befriedigung der Nachlaßgläubiger ausreicht; nur in diesem Falle haben die aufschiebenden Einreden einen Zweck. Steht dagegen fest, daß der Nachlaß für sämtliche Verbindlichkeiten voll ausreicht, so widerspricht es der Absicht des Gesetzes sowohl als auch den Erfordernissen von Treu und Glauben, wenn trotzdem der Erbe die Befriedigung der Nachlaßgläubiger hinausschieben würde (zustimmend v. Winterfeld a. a. O. S. 65).

Wenn nun auch die Literatur bei der Auslegung der Vorschriften über die Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten meist stillschweigend voraussetzt, daß der Nachlaß unzureichend sei, um so die Anwendung dieser Vorschriften erläutern zu können, so ist dabei doch nicht außer acht zu lassen daß tatsächlich in den meisten Fällen dem Erben nach vollständiger Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten der Rest des Nachlasses für sich verbleibt. Wenn auch die Fälle, in denen die Aktiva des Nachlasses die Passiva übersteigen, juristisch von geringerem Interesse sind, so ist es doch notwendig, auf ihre Häufigkeit hinzuweisen, da das Gesetz in den §§ 2014, 2015 dem Erben Befugnisse zur Verfügung stellt, die nach der Absicht des Gesetzes und nach den Erfordernissen von Treu und Glauben nur in einer Minderheit der tatsächlich vorkommenden Fälle ausgeübt werden sollen. Das Gesetz gibt dem Erben diese Befugnisse für alle Fälle, es überläßt dem Erben allein die freie Entscheidung darüber, ob er davon Gebrauch machen will. Wohl mit Recht; denn es lassen sich unmöglich irgendwelche Voraussetzungen, die der Erbe bei Geltendmachung der Einreden etwa zu beweisen hätte, aufstellen. Es muß sich vielmehr aus den gesetzlichen Wirkungen der Einreden ein natürlicher Ausgleich ergeben, der dazu führt, daß die Einreden in den Fällen, in denen sie ihren Zweck erfüllen, angewandt werden, daß aber in den übrigen Fällen die

Befriedigung der Nachlaßgläubiger ohne Verzögerung erfolgt. Nur wenn sich dieser Ausgleich aus den Wirkungen der Einreden ergibt, werden diese den vom Gesetz gewollten Zweck erfüllen; ergibt er sich dagegen nicht, so wird es zu einer mißbräuchlichen Anwendung der dem Erben gegebenen Befugnis führen.

Dieser Ausgleich liegt in der Verzugswirkung der Einreden. Es kann der Absicht des Gesetzes nicht entsprechen, den Erben durch eine Belohnung, durch den Gewinn der Verzugszinsen, zum Gebrauch seiner ihm nach den §§ 2014, 2015 zustehenden Rechte „anzureizen", wie v. Winterfeld[1]) annimmt; denn die Verzugszinsen kommen dem Erben gerade in den Fällen zugute, in denen sich der Nachlaß später als zureichend herausstellt; in den übrigen Fällen kommen sie der Gesamtheit der Nachlaßgläubiger zugute. Gerade in diesen, praktisch doch wohl häufigeren Fällen, in denen die Einreden nicht angewendet werden sollen, soll der Erbe „angereizt" werden, die Einreden geltend zu machen. Das würde den Zweck dieser Vorschriften tatsächlich illusorisch machen.

v. Winterfeld glaubt, der — von ihm also auch als notwendig anerkannte — Ausgleich gegen diese Gefahr liege in dem § 226. Er führt[2]) im Anschluß an Strohal[3]) einen Fall an, in dem gegen die Geltendmachung der Einreden „die Replik der Schikane durchdringen" müßte und der Erbe die Verzugsfolgen zu tragen hätte. Es handelt sich hier darum, daß der Erbe jahrelang das Vermögen des Erblassers verwaltet hat und trotz genauer Kenntnis der Suffizienz des Nachlasses die Einreden vorschützt. Aber dies trifft selbst in diesem krassen Falle nicht zu und noch weniger in anderen, weniger krassen, in denen aber doch die Geltendmachung der Einreden dem Zweck des Gesetzes nicht entsprechen würde. Denn nach

1) a. a. O. S. 54.
2) a. a. O. S. 65.
3) Vgl. Erbrecht Bd. 2, § 74 III; Kommentar S. 207 6d.

§ 226 ist die Ausübung eines Rechtes unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen. Damit stellt § 226 ein Erfordernis auf, das tatsächlich nur äußerst selten vorliegen dürfte. Es genügt also nicht etwa, daß die Ausübung des Rechtes nur zur Schadenzufügung erfolgt ist, sondern jede Ausübung eines Rechtes, die einen anderen Zweck als den der Schadenzufügung haben kann, ist zulässig. Aus diesem Grunde ist der Schutz der einzelnen Nachlaßgläubiger durch § 226 nicht nur ein „recht prekärer“[1]), sondern die Anwendung des § 226 ist in dem vorliegenden Falle völlig ausgeschlossen; denn die Vorschützung der Einreden bei zureichendem Nachlasse bringt dem Erben, wenn kein Verzug eintritt, in genau demselben Maße Vorteil, als dem Gläubiger Nachteil, da er die Verzugszinsen gewinnt, die der Gläubiger verliert. — Es wäre also sehr leicht für den Erben, gegenüber der Berufung auf § 226 nachzuweisen, daß die Geltendmachung der Einreden nicht nur den Zweck, ihm selbst Vorteil zu bringen, gehabt haben könne (schon das würde genügen), sondern tatsächlich gehabt habe; m. a. W. der Nachweis der Voraussetzungen des § 226, den im Prozesse der Gläubiger zu führen hätte, ist unmöglich, und damit die Anwendung dieses Paragraphen gegenüber dem auf Grund der §§ 2014, 2015 die Leistung verweigernden Erben völlig ausgeschlossen, und zwar in jedem, auch dem für den Gläubiger denkbar ungünstigsten Falle, selbst dann, wenn der Gläubiger dem Erben nachweisen könnte, er habe die Potenz des Nachlasses gekannt.

Ob es „bedauerlich“ ist[2]), daß der § 226 praktisch außer bei dinglichen Rechten, wo die Voraussetzungen der Schikane eher denkbar sind, wenig Bedeutung hat, ist eine andere Frage, die m. E. zu verneinen ist, weil jede andere Fassung, die eine leichtere Anwendung dieses Paragraphen ermöglichte, zur Folge

1) So Eccius a. a. O. Bd. 49, S. 157; Herzfelder, Kommentar S. 252.
2) So v. Winterfeld a. a. O. S. 65.

hätte, daß bei der Prüfung der Zulässigkeit der Ausübung von Rechten andere als lediglich rechtliche Maßstäbe gelten würden und damit jede Rechtssicherheit gefährdet würde. Aber von dieser Frage ganz abgesehen ist bei der vorliegenden Fassung des § 226 jedenfalls eine extensive Auslegung durchaus nicht am Platze.

Demgemäß ist auch der Hinweis auf § 226 durchaus nicht geeignet, die Gefahr einzuschränken, die darin liegt, daß der Erbe durch den Gewinn der Verzugszinsen dazu angehalten werden soll, die ihm zustehenden Rechte möglichst ausgiebig anzuwenden. Diese Gefahr fällt weg bei der Annahme, daß die aufschiebenden Einreden den Verzug des Erben nicht ausschließen. Die Verzugswirkung nimmt dem Erben den Anreiz, die Einreden zu gebrauchen, wenn er es nicht für erforderlich hält; denn die Geltendmachung der Einreden bringt ihm dann keinen Vorteil auf Kosten des Gläubigers, da er sämtliche Verzugsfolgen auf sich nehmen muß, mithin also nicht besser gestellt ist als ein Schuldner, der ohne Berechtigung die Befriedigung eines Gläubigers zu verweigern, nicht leistet.

Wenn also die Verzugswirkung sicher erreicht, daß die Einreden nicht überflüssigerweise vorgeschützt werden, so ist anderseits zu prüfen, ob nicht dann die Einreden vom Erben in Fällen, wo es erforderlich wäre, nicht angewendet würden, weil der Erbe keinen Gewinn daraus hat und die eintretenden Verzugsfolgen scheut. Wenn dies der Fall wäre, so würde die von v. Winterfeld[1]) ausgesprochene Befürchtung eintreten, daß „der praktischen Anwendung der Einreden die Lebensbedingung genommen wäre", und damit wäre wieder der Zweck der Vorschrift verfehlt.

Diesem Bedenken gegenüber ist auf den Zusammenhang der §§ 2014, 2015 mit den §§ 1978, 1991 BGB. hinzuweisen. Aus dem in diesen Paragraphen enthaltenen Hinweis auf die

1) a. a. O. S. 54.

Vorschriften über den Auftrag ergibt sich, daß der Erbe bei der Überlegung, ob er die Einreden vorschützen soll oder nicht, Rücksicht nehmen muß auf das Interesse der Gesamtheit der Nachlaßgläubiger. Läßt der Erbe dies außer acht, so wird er, wenn sich herausstellt, daß der Nachlaß unzureichend ist und einzelne Gläubiger also durch das Nichtvorschützen der Einreden auf Kosten der anderen bevorzugt sind, in dem infolgedessen notwendigen Nachlaßkonkurs der Gesamtheit der Gläubiger für seine Verwaltung des Nachlasses verantwortlich wie ein Beauftragter.

Dieser Punkt, der auch von v. Winterfeld[1]), freilich in anderem Zusammenhange, erwähnt wird, bewirkt, daß der Erbe die Einreden anwendet, wenn es erforderlich ist.

Außerdem ist endlich hervorzuheben, daß es weitaus besser in das System des Gesetzes paßt, die Anwendung einer Vorschrift durch den Berechtigten dadurch zu veranlassen, daß die unterlassene Anwendung, wenn daraus Schaden entsteht, dem Geschädigten gegenüber zu verantworten ist, als dadurch, daß es ihm für die erfolgte Anwendung eine Belohnung in Gestalt des Gewinnes von Verzugszinsen in Aussicht stellt. Ganz abgesehen hiervon wäre dieses Mittel auch deshalb verfehlt, weil die Belohnung gerade in den Fällen eintrete, in denen die Ausübung der Rechte der Absicht des Gesetzes widersprechen würde.

Als Ergebnis der bisherigen Ausführungen läßt sich feststellen, daß den aufschiebenden Einreden des Erben keine der Wirkungen einer materiellrechtlichen Einrede zukommt: ihre Geltendmachung hat im Prozeß nicht Klagabweisung oder Verurteilung zu künftiger Leistung, sondern Verurteilung zu gegenwärtiger Leistung zur Folge; ihr Bestehen hindert nicht den Lauf der Verjährung; sie berühren nicht den Eintritt der Fälligkeit der Forderung und hindern somit nicht die Aufrechnung;

1) a. a. O. S. 48.

ihre Geltendmachung schließt, da sie sich nicht als Umstand bezeichnen läßt, den der Erbe nicht zu vertreten hat, nicht den Eintritt des Leistungsverzuges aus.

Wenn also oben gesagt wurde, die aufschiebenden Einreden des Erben seien durch Ausnahmevorschriften abweichend von der normalen dilatorischen Einrede geregelt, so ist dies dahin zu ergänzen, daß diese Abweichungen derart erhebliche sind, daß den aufschiebenden Einreden des Erben sämtliche Wirkungen einer materiellrechtlichen Einrede genommen sind.

Mit dieser Feststellung erledigt sich zugleich ein Einwand, den v. Winterfeld[1]) gegen die neuere Ansicht erhebt. Danach soll aus dem Worte „nur“ des § 782 ZPO. ein systematischer Zwang für die Richtigkeit der neueren Auffassung herausgelesen worden sein. Die vorstehenden Ausführungen ergeben, daß sich die Ansicht, daß den aufschiebenden Einreden des Erben auf materiellrechtlichem Gebiete die Wirkungen einer Einrede fehlen, nicht auf den Wortlaut des § 782 ZPO., sondern auf den Zusammenhang der Vorschriften des BGB., der Zivilprozeßordnung und der Konkursordnung stützt.

B. Die Wirkungen der aufschiebenden Einreden des Erben auf prozeßrechtlichem Gebiete.

Die auf die aufschiebenden Einreden des Erben bezüglichen Vorschriften der ZPO. sind die §§ 305, 782. Während § 305 die negative Bestimmung enthält, daß die Geltendmachung der aufschiebenden Einreden eine Verurteilung des Erben unter Vorbehalt der beschränkten Haftung nicht ausschließt,[2]) ergeben sich die Wirkungen der aufschiebenden Einreden im Vollstreckungsstadium aus § 782. Hiernach ist nach Feststellung der gesetzlichen Voraussetzungen zu unterscheiden, was der

1) a. a. O. S. 18, 19.

2) Über die Bedeutung dieser Bestimmung vgl. oben sub. A. I a.

Erbe auf Grund seiner Rechte verlangen kann, und in welcher Weise er seine Rechte geltend machen muß.

I. Voraussetzungen der Geltendmachung.

Zunächst ist für die Anwendbarkeit des § 782 die sich nach bürgerlichem Rechte bestimmende Voraussetzung erforderlich, daß der Erbe nicht bereits unbeschränkt haftet (§ 2016, Abs. 1 BGB.); ferner daß der Gläubiger nach § 1971 von dem Aufgebot der Nachlaßgläubiger betroffen wird (§ 2016, Abs. 2); d. h. Pfandgläubigern und solchen Gläubigern, die im Konkurs Pfandgläubigern gleichstehen (§ 49 KO.) oder bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ein Recht auf Befriedigung aus diesem Vermögen haben, endlich den durch eine Vormerkung gesicherten und den aussonderungsberechtigten Gläubigern gegenüber stehen dem Erben die hier erörterten Rechte nicht zu. Die hierdurch gemachte Einschränkung der Rechte des Erben erklärt sich unmittelbar aus dem Zweck der §§ 2014, 2015. Wenn diese nämlich die Durchführung eines späteren Nachlaßkonkurses ermöglichen sollen, so fällt dieser Zweck fort, sobald der Erbe schon unbeschränkt haftet, oder sobald ein Gläubiger das Recht hat, sich im Falle des Nachlaßkonkurses außerhalb des Verfahrens zu befriedigen.

Aus diesem Zusammenhange heraus erklärt sich auch die in § 2016, Abs. 2, Satz 2 gemachte Einschränkung, daß ein Recht, das erst nach Eintritt des Erbfalls im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestvollzuges erlangt ist, ebenso eine Vormerkung, die erst nach diesem Zeitpunkt eingetragen ist, außer Betracht bleibt. Gläubiger, denen ein solches Recht zusteht, werden zwar durch das Aufgebot nicht betroffen, müssen aber deshalb die aufschiebenden Einreden gegen sich gelten lassen, weil sie im Falle des Nachlaßkonkurses zur abgesonderten Befriedigung nicht berechtigt sind (§ 221 KO.), sondern nur, ebenso wie die einfachen Konkursgläubiger ein Recht auf anteilige Befriedigung haben.

Es ist fraglich, ob den hier genannten Gläubigern auch die zur Aurechnung berechtigten Gläubiger gleichzustellen sind; es hängt dies ab von der Konstruktion des Aufrechnungsrechtes im Konkurse. Wie nämlich die eben erwähnte Einschränkung des Rechtes der aufschiebenden Einreden durch § 2016, Abs. 2 darin ihre Erklärung und Begründung fand, daß den dort genannten Gläubigern diese Rechte deshalb nicht entgegengesetzt werden können, weil sie nach den Vorschriften der KO. nicht auf die Beteiligung am Konkursverfahren und auf die daraus sich ergebende anteilige Befriedigung angewiesen sind, so ist in dieser Hinsicht die Rechtslage der aufrechnungsberechtigten Gläubiger die gleiche. Ihr Aufrechnungsrecht bleibt auch im Konkurse bestehen, sodaß ein Gläubiger, soweit er zur Aufrechnung berechtigt ist, sich nicht am Konkursverfahren zu beteiligen braucht (§ 53 KO.). Daraus folgt aber, daß auch die Einreden der §§ 2014, 2015 das Aufrechnungsrecht nicht berühren.

Während über diese Tatsache, soweit der Punkt in der Literatur überhaupt erwähnt wird, kaum ein Zweifel besteht,[1]) gehen die Meinungen hinsichtlich der juristischen Konstruktion auseinander. Die Möglichkeit der Aufrechnung während der Einredefristen wird von den Einen auf § 2016, Abs. 2, von den Andern darauf gegründet, daß den aufschiebenden Einreden der zivilrechtliche Charakter einer Einrede fehlt und somit die Aufrechnung trotz § 390 BGB. zulässig ist.

In den Motiven zur KO. findet sich folgende Stelle[2]): „Für den Gläubiger ist die Kompensation eine Deckung, wie die Retention und das Pfandrecht. Sie alle drei sind Sicherungsmittel für den Kreditgeber; ihnen gemeinsam ist der Gedanke: Es würde unbillig sein, zu verlangen, daß ein Gläubiger seine

1) Vgl. Strohal, Kommentar S. 209; Staudinger, Kommentar Bd. 5, S. 253; v. Winterfeld a. a. O. S. 66, Anm. abweichend nur Cosack a. a. O. § 380, S. 703.

2) Mot. II, S. 226.

Deckung zur Konkursmasse herausgebe und seine Forderung als Konkursgläubiger geltend mache, usw.“

Die hier betonte Parallele zwischen Aufrechnungsrecht und Absonderungsrecht und die ihr zugrunde liegende Ähnlichkeit der wirtschaftlichen Wirkung beider Rechte im Konkurse hat dazu geführt, daß der Aufrechnungsberechtigte als Absonderungsberechtigter bezeichnet worden ist.[1]) Diese Auffassung würde bei Entscheidung der Frage, warum die Aufrechnung auch während der Fristen der §§ 2014, 2015 zulässig ist, dazu führen, das entscheidende Argument in § 2016, Abs. 2 zu suchen, da ein aufrechnungsberechtigter Gläubiger mit zu den im § 1971 aufgezählten gehöre.[2])

Trotz der oben hervorgehobenen, zweifellos vorhandenen wirtschaftlichen Ähnlichkeit ist es jedoch unrichtig, das Aufrechnungsrecht als ein wirkliches Absonderungsrecht zu bezeichnen. Abgesehen davon, daß die Theorie Weigelins vom Aufrechnungsrecht als Pfandrecht an eigener Schuld den gesetzlichen Pfandrechten des BGB. willkürlich ein weiteres zur Seite stellt, ergibt sich dies aus der Regelung in der KO., wo das Aufrechnungsrecht nicht unter die Absonderungsrechte subsummiert ist, sondern daneben in einem selbständigen Titel behandelt wird. Der Gläubiger erhält also bei der Konkurseröffnung nicht ein Absonderungsrecht, sondern sein vorher bestehendes Aufrechnungsrecht bleibt ihm trotz der Konkurseröffnung erhalten.[3]) Es rechtfertigt hiernach die Berufung auf die §§ 2016, Abs. 2, 1971 nicht die Zulässigkeit der Aufrechnung während der Einredefristen; vielmehr liegt der Grund hierzu darin, daß nur Einreden mit materiellrechtlichen Wirkungen die Zulässigkeit der Auf-

1) Vgl. v. Schrutka-Rechtenstamm a. a. O. S. 26; Weigelin a. a. O. S. 46.

2) So v. Winterfeld a. a. O. S. 66: „Der Erwerb einer aufrechenbaren Forderung ist die stärkste Pfandsicherung, die sich der Gläubiger verschaffen kann.“

3) Vgl. Fitting a. a. O. § 21, Anm. 2; Jaeger, KO. § 64 1 c; Lang a. a. O. S. 75, 78 ff.; Oetker a. a. O. S. 235.

rechnung ausschließen. § 390 läßt die Aufrechnung einer mit einer verzögerlichen Einrede — nur eine solche kann hier in Betracht kommen — behafteten Forderung deshalb nicht zu, weil es bei einer solchen Forderung an der zur Aufrechnung erforderlichen Fälligkeit fehlt. Wie oben ausgeführt, fällt hier infolge des Eintrittes der Fälligkeit der Grund für die Einschränkung des § 390 weg. Die Einreden der §§ 2014, 2015 sind also, weil sie das persönliche Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Erben unberührt lassen, insbesondere die Fälligkeit der Forderung nicht hinausschieben, auch nicht imstande, die Unzulässigkeit der Aufrechnung gemäß § 390 zu bewirken.[1])

Neben diesen nach bürgerlichem Rechte sich bestimmenden Voraussetzungen sind noch weitere nach Vorschriften der ZPO. erforderlich. Es ist hiernach zu unterscheiden, ob das Urteil gegen den Erblasser oder gegen den Erben erwirkt ist. Im ersteren Fall ist, mag die Zwangsvollstreckung schon gegen den Erblasser begonnen haben (§ 779 ZPO.) oder nicht (in letzterem Falle ist die Umschreibung der vollstreckbaren Ausfertigung auf den Erben erforderlich [§ 727 ZPO.]), ein Vorbehalt der beschränkten Haftung nicht erforderlich. Der Erbe muß gemäß § 781 ZPO., wenn die Beschränkung der Haftung berücksichtigt werden soll, auf Grund derselben Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung erheben[2]).

Ist dagegen das Urteil gegen den Erben erwirkt, so muß die Beschränkung der Haftung dem Erben im Urteil vorbehalten sein, damit er sie geltend machen kann (§ 780 ZPO.); dieser Vorbehalt ist von Amtswegen in das Urteil aufzunehmen, wenn der Erbe sich im Prozeß auf seine Rechte aus den §§ 2014, 2015 beruft.[3]) Wird der Vorbehalt trotz Geltendmachung der Einreden im Prozeß nicht in das Urteil aufge-

---

1) Vgl. Strohal, Kommentar S. 209; Herzfelder, Kommentar S. 253.

2) So auch Wendt a. a. O. S. 369.

3) Vgl. Gaupp-Stein a. a. O. § 305 II; Förster a. a. O. § 305, S. 458 Strohal, Kommentar S. 210.

nommen, so hat der Erbe dagegen die ordentlichen Rechtsmittel.[1])

Der Vorbehalt der beschränkten Haftung ist zur Geltendmachung der Rechte aus § 782 nicht erforderlich in den Fällen des § 780, Abs. 2, wenn also das Urteil gegen den Fiskus als gesetzlichen Erben, gegen einen Nachlaßverwalter oder anderen Nachlaßpfleger oder einen Testamentvollstrecker, dem die Ververwaltung des Nachlasses zusteht, ergeht.

II. Inhalt der dem Erben zustehenden Rechte: Beschränkung auf Arrestvollzugsmaßregeln.

Unter den genannten Voraussetzungen kann der Erbe verlangen, daß „die Zwangsvollstreckung für die Dauer der in den §§ 2014, 2015 bestimmten Fristen auf solche Maßregeln beschränkt wird, die zur Vollziehung eines Arrestes zulässig sind“ (§ 782). Diesem Hinweise auf die Vorschriften vom Arrestvollzug ist im einzelnen folgendes zu entnehmen.

Es muß vorliegen eine Geldforderung oder ein Anspruch, welcher in eine Geldforderung übergehen kann; denn nur wegen solcher Ansprüche ist der Arrestvollzug zulässig (§ 916 ZPO.). Lautet das Urteil dagegen auf eine Individualleistung, so ist zu unterscheiden, ob dieser Anspruch in eine Interessenforderung übergehen kann oder nicht. Im ersteren Falle sind die Voraussetzungen für die Möglichkeit einer Beschränkung der Zwangsvollstreckung auf den Arrestvollzug nach § 916 gegeben, und zwar ist eine analoge Anwendung der Vorschriften über den Arrestvollzug in der Art möglich, daß die Ausantwortung an den Gläubiger ausgeschlossen wird.[2]) Die Vor-

1) Nach Gaupp-Stein (a. a. O. § 305 II) ist hier ein Antrag auf Ergänzung des Urteils möglich (§ 321 ZPO.).

2) So auch Gaupp-Stein a. a. O. § 782 II; abw., aber ohne genügende Begründung Seuffert a. a. O. § 782 3a, der bei Vorliegen einer Individualleistung dem Erben das Recht geben will, überhaupt jeder Vollstreckung entgegen zu treten.

aussetzungen des Überganges einer Forderung auf eine Individualleistung in die Interessenforderung bestimmen sich nach bürgerlichem Recht (§ 893 ZPO.). Ist hiernach dieser Übergang unmöglich, also auch eine entsprechende Anwendung der §§ 916 ff. ausgeschlossen, so folgt daraus nicht, daß der Erbe überhaupt jeder Vollstreckung widersprechen kann[1]), sondern daß er nach § 782 in diesem Falle keine Beschränkung der Zwangsvollstreckung verlangen kann, d. h. also daß der Gläubiger, der sich ja im Besitze einer vollstreckbaren Ausfertigung befindet, die Zwangsvollstreckung ungehindert durchführen kann. Praktisch werden die zuletzt erwähnten Fälle wohl kaum vorkommen, da unschätzbare Individualleistungen in der Regel höchst persönliche sind, die also schon aus diesem Grunde gegen den Erben nicht vollstreckbar sind.

Findet die Zwangsvollstreckung statt in das bewegliche Vermögen, so kann der Erbe verlangen, daß die Zwangsvollstreckungsmaßregeln des Nachlaßgläubigers nicht über die Pfändung hinausgehen (§ 930 ZPO.). Er darf also verhindern, daß es zur Versteigerung von gepfändeten Sachen[2]) und insbesondere zur Auslieferung des Erlöses an den Gläubiger, bei der Pfändung von Forderungen zur Überweisung an den Gläubiger kommt. Ist Geld gepfändet, so ist es nicht dem Gläubiger zu übergeben, sondern für ihn zu hinterlegen (§ 930, Abs. 2 ZPO.). Das vom Gläubiger erworbene Pfandrecht hat die Wirkungen eines Pfändungspfandrechtes, wie sie in § 804 ZPO. bestimmt sind; doch hat es natürlich nur dann praktische Bedeutung, wenn es nicht zum Nachlaßkonkurse kommt, da in diesem Falle alle nach dem Tode des Erblassers begründeten Pfandrechte nicht zur abgesonderten Befriedigung berechtigen (§ 221 KO.). Die Vorschrift des § 930 kommt auch zur Anwendung bei der Vollziehung des Arrestes in ein im Schiffsregister eingetragenes

---

1) So Seuffert a. a. O.

2) Vgl. jedoch die Ausnahme des § 930, Abs. 3 ZPO.

Schiff, obwohl für die Zwangsvollstreckung die Schiffe zum unbeweglichen Vermögen gehören (§§ 931, 864 ZPO.).

Entsprechend wie bei der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen kann der Erbe, wenn der Nachlaßgläubiger in das zum Nachlaß gehörige unbewegliche Vermögen die Vollstreckung betreibt, verlangen, daß die Vollstreckungsmaßregeln nicht über die Eintragung einer Sicherungshypothek hinausgehen, daß es also insbesondere nicht zur Beschlagnahme, zur Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung kommt (§ 932 ZPO.).

III. Art der Geltendmachung.

Wie schon erwähnt, hat das Gesetz dem Nachlaßgläubiger, der gegen den Erben ein Urteil gemäß § 305 ZPO. erwirkt hat, nicht etwa einen bloßen Sicherungsanspruch gegeben, sondern ebenso wie das Urteil auf Leistung unter Vorbehalt der beschränkten Haftung lautet, ist die vollstreckbare Ausfertigung nicht von vornherein auf Maßregeln des Arrestvollzuges beschränkt, sondern wie jede normale vollstreckbare Ausfertigung zur Durchführung der Vollstreckung bis zur Befriedigung des Gläubigers geeignet. Bei der Vollstreckung in den Nachlaß bleibt also die Beschränkung der Haftung unberücksichtigt, bis der Erbe auf Grund derselben Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung erhebt (§ 781 ZPO.).

Für die Erledigung dieser Einwendungen verweist § 785 auf die Bestimmungen der §§ 767, 769, 770 ZPO. Dieser Hinweis ergibt folgendes.

a) Die aufschiebenden Einreden betreffen nicht den Anspruch selbst. § 767, Abs. 2.

Die Einwendungen, die dem Erben auf Grund der §§ 2014, 2015 zustehen, sind in derselben Weise geltend zu machen, wie „Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch betreffen“. Ist damit gesagt, daß die in § 782 ge-

nannten Einwendungen auch „den durch das Urteil festgestellten Anspruch betreffen", m. a. W, liegt in diesem Hinweis des § 785 vielleicht ein Argument dafür, daß die Rechte, die sich aus den §§ 2014, 2015 ergeben, materiellrechtlicher Natur sind?

Ein solcher Schluß wäre m. E. durchaus unrichtig; denn abgesehen davon, daß das gleiche Argument auch für die Einwendungen der §§ 781, 783 durchschlagen müßte, die zweifellos den Anspruch selbst nicht betreffen, also nicht materiellrechtlicher Natur sind,[1]) so wäre in diesem Falle die Vorschrift des § 785 völlig überflüssig, da sich schon aus § 767, Abs. 1 das gleiche Resultat ergebe. Bei sämtlichen materiellrechtlichen Einreden findet sich nirgends eine Bestimmung, die auf den § 767 hinweist; nur in diesem Falle hätte das Gesetz einen ausdrücklichen Hinweis für erforderlich erachtet.

Daß aber der Hinweis des § 785 nicht überflüssig ist, daß also die Einreden der §§ 2014, 2015 nicht materiellrechtlicher Natur sind, wird auch durch folgende Erwägung bestätigt: die Vorschrift des § 767, Abs. 2, die sich aus der materiellrechtlichen Natur der Einwendung erklärt, ist unanwendbar für die Geltendmachung der Rechte des Erben auf Grund der §§ 2014, 2015. § 767, Abs. 2 bestimmt nämlich, daß Einwendungen „nur insoweit zulässig sind, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen in Gemäßheit der Bestimmungen dieses Gesetzes spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können."

Fast genau das Gegenteil dieser Bestimmung gilt in dem hier vorliegenden Falle. Die Gründe, auf denen die im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend zu machenden Einwendungen des § 782 beruhen, ergeben sich aus den §§ 2014,

1) Vgl. auch v. Winterfeld a. a. O. S. 20.

2015, bezw. den zur Anwendbarkeit dieser Paragraphen erforderlichen Voraussetzungen. Es ist nun nicht nur zulässig, daß die Gründe schon während oder vor dem Prozesse entstanden sind, sondern es ist sogar zulässig, daß sie im Prozesse geltend gemacht sind (§ 305), ja es ist sogar erforderlich, daß eine der Voraussetzungen der §§ 2014, 2015, nämlich die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung (§ 2016, Abs. 1), im Prozeß zwischen dem Gläubiger und dem Erben vorgebracht wird, bezw. der Vorbehalt der beschränkten Haftung in das Urteil eingefügt wird (§ 780 ZPO.). Ist also das Urteil gegen den Erben erwirkt worden, so ist bei Fehlen dieses Vorbehaltes die Anwendung der §§ 785, 767 unmöglich, also eine Vollstreckungsgegenklage selbst dann nicht möglich, wenn — etwa durch späteren Nachlaßkonkurs — die Haftungsbeschränkung tatsächlich eintritt.[1])

Es ergibt sich hieraus also, daß § 767, Abs. 2 für die Erledigung der Rechte aus § 782 unanwendbar ist (arg. §§ 305, 780 ZPO.),[2]) und zugleich, daß es sich bei den Einwendungen aus § 782 nicht um den Anspruch selbst betreffende Einwendungen handeln kann; denn in diesem Falle wäre die Unanwendbarkeit des § 767, Abs. 2 undenkbar, die ja nicht durch eine gesetzliche Vorschrift bestimmt ist, sondern eben nur aus der prozeßrechtlichen Natur der aufschiebenden Einreden des Erben zu erklären ist. Aus eben diesem Grunde ist auch eine besondere Vorschrift — § 785 — erforderlich, damit die Erledigung dieser Rechte im Wege des § 767 überhaupt stattfinden kann.

1) Vgl. hierzu die Entscheidung des RG. v. 15. Dezember 1904 (Bd. 59, S. 301), in der ausdrücklich darauf hingewiesen wird (a. a. O. S. 304), daß „die Notwendigkeit des Vorbehalts für den Fall, daß der Beklagte als Erbe des Schuldners verurteilt wird, in § 780 beibehalten" ist, und daß dies dadurch zum Ausdruck komme, daß durch § 785 nur „für die Erledigung der in den §§ 781—784 genannten Einwendungen der in den §§ 767, 769, 770 geordnete Weg vorgeschrieben sei", während § 780 im § 785 nicht genannt sei.

2) Vgl. auch Gaupp-Stein a. a. O. § 785, S. 521.

b) Geltendmachung durch Vollstreckungsgegenklage.

Die Bedeutung des § 785 liegt also nicht etwa in einer Gleichstellung der Rechte aus den §§ 2014, 2015 mit den materiellrechtlichen Einwendungen des § 767, sondern nur in dem Hinweis auf die gleiche Erledigung der Einwendungen wie im Falle der §§ 767, 769, 770.

1. Gerichtsstand. Klagetatsachen.

Der Erbe hat also seine Einwendungen im Wege der Klage, der sogenannten Vollstreckungsgegenklage, geltend zu machen. Als sachlich und örtlich ausschließlicher Gerichtsstand ist hierfür das Prozeßgericht erster Instanz bestimmt (§§ 767, 802 ZPO.). Der Erbe hat die Klage durch Nachweis der Voraussetzungen der §§ 2014, 2015 zu begründen, vor allem also durch den Nachweis, daß die Frist, auf die er sich beruft, noch läuft; dazu kommt noch für den Fall, daß das Urteil gegen ihn als Erben des Schuldners ergangen ist, der Nachweis, daß ihm die Beschränkung der Haftung im Urteil vorbehalten ist, es sei denn, daß der Vorbehalt nach § 780, Abs. 2 nicht erforderlich ist. Dies genügt zur Begründung der Klage; denn der Nachweis, daß der Erbe unbeschränkt hafte, oder die Einreden der §§ 2014, 2015 gemäß § 2016, Abs. 2 nicht Platz griffen, fällt, wie aus der Fassung des § 2016 zu entnehmen ist, dem die Zwangsvollstreckung betreibenden Nachlaßgläubiger zu.

2. Zeitliche Begrenzung.

Weiterhin ergibt sich aus dem Hinweis auf § 767, daß der Erbe auch schon vor Beginn der Zwangsvollstreckung gegen den im Besitze einer vollstreckbaren Ausfertigung befindlichen Nachlaßgläubiger die Klage erheben kann; denn § 767 bestimmt als Voraussetzung der Vollstreckungsgegenklage

nicht den Beginn der Zwangsvollstreckung;[1]) dasselbe muß auch für die Klage aus § 782 gelten, die im Wege des § 767 zu erledigen ist.[2]) Es ist also für Erhebung dieser Klage weder erforderlich, daß die Zwangsvollstreckung begonnen habe noch etwa, daß sie zu Maßregeln, die über den Arrestvollzug hinausgehen, geführt habe.[3])

Für die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung spricht auch die Erwägung, daß bei Pfändung baren Geldes der Erbe tatsächlich garnicht in die Lage kommen würde, seine Rechte geltend zu machen, wenn er dazu erst den Beginn der Zwangsvollstreckung abwarten müßte; denn nach allgemeiner Ansicht ist die Erhebung der Vollstreckungsgegenklage nicht mehr möglich, sobald die Zwangsvollstreckung beendigt ist.

3. Inhalt des Urteils.

Das Prozeßgericht, in dringenden Fällen auch das Vollstreckungsgericht, kann, und zwar auch ohne vorgängige mündliche Verhandlung, anordnen, daß die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung eingestellt oder aufgehoben bezw. nur gegen Sicherheitsleistung fortgesetzt wird (§ 769); außerdem kann es die hier angegebenen Anordnungen im Urteil „erlassen oder die bereits erlassenen Anordnungen aufheben, abändern oder bestätigen“ (§ 770). In dem Urteil hat das Prozeßgericht entsprechend dem Antrag des Erben — bei Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen — auszusprechen, daß die Zwangsvollstreckungsmaßregeln, die über den Arrestvollzug hinausgehen, innerhalb der Einredefrist, deren Dauer also zu berechnen und

---

1) Ebenso Gaupp-Stein a. a. O. § 767 IIc; Weismann a. a. O. § 142 VI; Hellwig, Anspruch S. 497; Falkmann a. a. O. S. 383; RG. Bd. 45, S. 343.

2) Ebenso Gaupp-Stein a. a. O. § 782 I.

3) Vgl. hierzu Hellwig, Anspr. S. 379, Anm. 20, der im Widerspruch mit der eben zit. Stelle und ohne nähere Begründung sagt, daß der Erbe als Schuldner nicht eher einschreiten könne „als bis gepfändet ist“.

anzugeben ist,[1]) unzulässig seien. Die Beschränkung erfolgt dann gemäß § 775, Ziffer 1; sind schon unzulässige Zwangsvollstreckungsmaßregeln vorgenommen und noch nicht gemäß den §§ 769, 770 aufgehoben, gemäß § 776 ZPO.

Die Klage des Erben ist also gerichtet auf Beschränkung bezw. Aufhebung der Zwangsvollstreckung, nicht etwa bloß auf die Feststellung ihrer Unzulässigkeit. Die Auffassung der Vollstreckungsgegenklage als negative Feststellungsklage, die in der Literatur häufig vertreten wird,[2]) entspricht weder dem Zweck noch dem Inhalt des Gesetzes. Denn eine bloße Feststellung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung reicht nicht aus, die vollstreckbare Ausfertigung des Gläubigers zu entkräften; hierzu ist eine vollständige oder teilweise Aufhebung der Vollstreckbarkeit erforderlich.

Anderseits ist auch die Begründung dieser Ansicht, mit der Klage werde „nicht die Aufhebung des früheren Urteils, sondern die Feststellung des Nichtbestehens des Vollstreckungsrechtes (der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung) verlangt“,[3]) nicht stichhaltig. Freilich soll das frühere Urteil nicht aufgehoben werden, aber daraus folgt noch nicht, daß eine Feststellungsklage vorliegt. Es ergibt sich vielmehr aus § 770, daß das Urteil die Unzulässigkeit nicht etwa bloß feststellt, sondern die Vollstreckbarkeit ganz oder teilweise aufhebt. Außerdem ist die Auffassung der Vollstreckungsgegenklage als Feststellungsklage unvereinbar mit § 775, Ziffer 1, wo die Rede ist von einer „Ausfertigung einer vollstreckbaren Entscheidung, aus welcher sich ergibt, daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt ist“; denn bei einem Feststellungsurteile ist jede Vollstreckung, jede vollstreckbare Ausfertigung undenkbar.

---

1) So Eccius a. a. O. Bd. 43, S. 607; Gaupp-Stein a. a. O. § 782 III.

2) S. z. B. Seuffert a. a. O. § 782, Bem. 3b, § 767, Bem. 1; Falkmann a. a. O. S. 383; Schmidt a. a. O. § 157 II; Langheineken, Urteilsanspruch S. 179.

3) So Seuffert a. a. O. § 782 3b, § 767 1.

Demgemäß ergibt sich also, daß auch ein Urteil, in dem die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung „festgestellt" wird, wegen dieser Formulierung kein Feststellungsurteil ist; denn der Zweck der Klage aus § 782 geht über eine Feststellung hinaus, er ist gerichtet auf Beschränkung der Zwangsvollstreckung, eventuell auf Aufhebung schon erfolgter unzulässiger Maßregeln.[1])

4. Die drei Fristen der §§ 2014, 2015 BGB., 782, Abs. 2 ZPO.

Da dem Erben gemäß den §§ 2014, 2015 BGB. 782 Abs. 2 ZPO. drei Fristen zur Verfügung stehen, so wird er also in die Lage kommen können, sich eventuell auf diese drei Fristen nacheinander berufen zu müssen. Beginnt der Lauf der nächsten Frist noch vor Erlaß des Urteils, das auf die mit Berufung auf die erste Frist erhobene Klage ergeht, so kann der Erbe seinen Klagantrag auf die Beschränkung der Zwangsvollstreckung auch während der neuen Frist erweitern (§ 268, Abs. 2 ZPO.). Dagegen bietet das Gesetz keinen Anhalt dafür, daß „der im Laufe der dreimonatlichen Frist des § 2014 BGB. erhobenen Einrede die Bedeutung gegeben werde, daß der Antrag auf Beschränkung zugleich auch auf die Dauer eines künftigen Aufgebotsverfahrens gestellt wird, wenn solches rechtzeitig beantragt werden sollte". [2]) Vielmehr ist es unumgänglich, daß, wenn die neue Frist erst nach Erlaß eines Urteils beginnt, der Erbe wiederum klagen muß; denn das Gericht kann nicht — etwa auf einen Antrag gemäß § 769 ZPO. — seine Entscheidung abändern (§ 318 ZPO.).

Der so durch das Gesetz vorgeschriebene Weg ist um-

---

1) Für die im Text vertretene Ansicht sind, wenn auch mit Abweichungen in der Konstruktion: Gaupp-Stein a. a. O. § 767 I; Hellwig, Anspruch S. 166, Note 12; S. 492, 508; Weismann a. a. O. § 142 IV; Petersen a. a. O. § 767 I 2.

2) So Eccius a. a. O. Bd. 43, S. 608; dagegen vgl. Gaupp-Stein a. a. O. § 782 7.

ständlich für den Fall des § 2015 BGB., praktisch wohl unmöglich für die kurze Frist des § 782, Satz 2 ZPO., die vom Erben nur verwertet werden kann, soweit er sich durch Klagerweiterung auf sie berufen kann.[1])

Es ist zunächst nicht ganz klar, warum das Gesetz im § 785 einen so umständlichen Weg vorschreibt, der außerdem der Eigenart der §§ 781—784 durchaus nicht entspricht[2]), warum nicht vielmehr auch die Klagen aus den §§ 781—784 ebenso wie die aus § 771 ZPO. dem Vollstreckungsgericht zugewiesen worden sind, besonders da der vom Erben zur Begründung der Klage aus § 782 zu führende Beweis verhältnismäßig nicht schwer zu erbringen ist. Wie oben erwähnt, ist nur der Nachweis erforderlich, daß die in Frage kommende Frist noch nicht abgelaufen ist, und daß der als Erbe des Schuldners verurteilte Beklagte sich die Beschränkung seiner Haftung vorbehalten hat. Die Entscheidung darüber, ob diese Voraussetzungen gegeben sind oder nicht, hätte auch wohl dem Vollstreckungsgericht zugemutet werden können. Wenn trotzdem und trotz der übrigen erwähnten Bedenken die Erledigung dieser Einwendungen dem Prozeßgericht erster Instanz zugewiesen worden ist, so kann hierfür ein Grund wohl nur darin gefunden werden, daß in dem Falle, daß der beklagte Gläubiger gegenüber dem Erben einwendet, der Erbe hafte bereits unbeschränkt (§ 2016, Abs. 1), oder er, der Gläubiger, werde vom Aufgebot nicht betroffen (§ 2016, Abs. 2), das Vollstreckungsgericht auch hierüber zu entscheiden gehabt hätte. Die Entscheidung darüber, ob schon unbeschränkte Haftung des Erben vorliegt, wird aber vom Gesetz für so wichtig erachtet, daß sie dem Prozeßgericht vor-

---

1) Vgl. Eccius a. a. O. Bd. 43, S. 608; Gaupp-Stein a. a. O. § 782 IV; Seuffert a. a. O. § 782 4; Hellwig, Anspr. S. 379.

2) Vgl. neben dem Hinweis auf die Unanwendbarkeit des § 767, Abs. 2 auf diese Fälle besonders auch den Tatbestand des § 781, der eher für eine Erledigung im Wege des § 771 ZPO. geeignet wäre (so auch Gaupp-Stein § 785, § 781 III, Note 12).

behalten sein soll. Aus diesem Grund ergibt sich auch die Notwendigkeit, die Berufung des Erben auf die Frist des § 2015 oder § 782, Satz 2 nach Erlaß des ersten Urteils nur in Form einer neuen Klage zuzulassen, und aus diesem Grunde ist auch der erwähnte Vorschlag von Eccius, die Frist des § 2015 in dem mit Berufung auf § 2014 geführten Prozeß bedingt — nämlich durch rechtzeitige Beantragung des Aufgebotsverfahrens — offenzuhalten, nicht verwertbar; denn er berücksichtigt nicht, daß es bei der Berufung auf § 2015 neben dem Erfordernis des § 780 ZPO. nicht allein auf die rechtzeitige Beantragung des Aufgebotsverfahrens ankommt, obwohl dies, wie erwähnt, zur Begründung der Klage ausreicht, sondern, daß als weitere Voraussetzung die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung hinzukommt. Daß diese Voraussetzung nicht vom Erben bewiesen zu werden braucht, sondern der Nachlaßgläubiger dartun muß, daß der Erbe unbeschränkt hafte, ist hierfür unerheblich; entscheidend ist vielmehr, daß der Verlust der Haftungsbeschränkung nach Erlaß des Urteils, das die Beschränkung der Zwangsvollstreckung für die Frist des § 2014 ausspricht, eintreten kann, und daß dieser Umstand, dessen Entscheidung dem Prozeßgerichte zugewiesen ist, auf dem von Eccius vorgeschlagenen Wege unberücksichtigt bliebe. Es ist also durchaus konsequent, wenn das Gesetz für die später erfolgende Berufung des Erben auf die Frist des § 2015 BGB. bezw. § 782 ZPO. denselben Weg vorschreibt als für die Berufung auf § 2014 BGB., nämlich die Erhebung der Vollstreckungsgegenklage vor dem Prozeßgericht erster Instanz.

C. Bestimmung der rechtlichen Natur der aufschiebenden Einreden.

Nachdem die bisherige Untersuchung sich auf die unmittelbaren Wirkungen der aufschiebenden Einreden des Erben auf dem Gebiete des materiellen und des prozessualen Rechtes er-

streckten, ist nunmehr unter gleichzeitiger Berücksichtigung des Standpunktes der Gesetzesmaterialien zu prüfen, wie nach den festgestellten Wirkungen die rechtliche Natur der aufschiebenden Einreden zu bezeichnen ist, sowie ob durch diese Wirkungen der vom Gesetz beabsichtigte Erfolg erreicht wird.

I. Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien.

Bei Erörterung der rechtlichen Natur der aufschiebenden Einreden des Erben ist in der Literatur vielfach auf die in den Gesetzesmaterialien vertretene Auffassung Bezug genommen worden.[1])

Die Zusammenstellung der hier zitierten Autoren ergibt, daß sowohl Vertreter der älteren als auch der neueren Ansicht sich auf die für die Auslegung der §§ 2014, 2015 in Betracht kommenden Stellen der Protokolle und Motive berufen. Infolgedessen verringert sich naturgemäß der Wert einer derartigen Argumentation, weil die erwähnte Tatsache auf Unklarheiten in der Stellungnahme der Materialien zu dieser Frage schließen läßt. Abgesehen hiervon darf aber aus allgemeinen Gründen der in den Materialien vertretenen Ansicht nicht ein so großes Gewicht beigelegt werden, wie es gerade bei Erörterung der vorliegenden Frage verschiedentlich geschehen ist. Zwar sind die Materialien nicht mit privaten wissenschaftlichen Arbeiten auf eine Stufe zu stellen. Von diesen unterscheiden sie sich durch ihren Zusammenhang mit der Entstehungsgeschichte des Gesetzes; sie geben Aufschluß über „die tatsächlichen kausalen Vorstellungen der intellektuellen Urheber des Gesetzestextes (nicht des Gesetzgebers)“.[2])

Hiermit ist eine klare Begrenzung der Bedeutung der Materialien gegeben und ausgesprochen, daß der Inhalt der Mate-

1) So z. B. von Eccius a. a. O. Bd. 44, S. 900; Herzfelder, Kommentar S. 252; Strohal, Kommentar S. 204; Planck, In den Mitteilg. Strohals a. a. O. S. 204; v. Winterfeld a. a. O. S. 3 ff.

2) So Wach a. a. O S. 283.

rialien nicht von entscheidender Bedeutung für die Auslegung des Gesetzes sein kann. Diese hat vielmehr in erster Linie zu erfolgen unter Berücksichtigung des sich aus dem systematischen Zusammenhange der verschiedenen Gesetzesvorschriften ergebenden Resultates. Soweit die Materialien zur Auslegung mit herangezogen werden, ist zu berücksichtigen, daß die Vorstellungen und Absichten der „intellektuellen Urheber des Gesetzestextes" sich durchaus nicht immer mit dem Inhalt des fertig vorliegenden Gesetzes zu decken brauchen. Wird dies außer acht gelassen und den Materialien ein ausschlaggebender Einfluß eingeräumt, so gelangt man zu dem unmöglichen und sinnwidrigen Ergebnis, daß der Inhalt des geltenden Rechtes nicht mehr bestimmt wird durch das Gesetz, sondern in letzter Linie durch die Gesetzesmaterialien; das Gesetz würde damit diesen gegenüber auf eine Stelle von sekundärer Bedeutung hinabgedrückt werden. Es soll deshalb in Folgendem mehr der Vollständigkeit halber, als um entscheidende Argumente daraus zu entnehmen, hierauf eingegangen werden.

Während die §§ 2130, 2143 des ersten Entwurfes dem Erben nur eine gegen die Zwangsvollstreckung gerichtete, prozessuale Einrede gaben, veränderte die Subkommission, die zur Vorbereitung der Beratung des 7. Titels eingesetzt war,[1]) dieses Recht zu einer materiellen Einrede, die insbesondere die Wirkung haben sollte, den Verzug des Erben auszuschließen.[2]) Die Beratungen der Hauptkommission lassen erkennen, daß über diesen Punkt Zweifel bestanden. Eine Minderheit vertrat die Ansicht, es fehle an einem inneren Grunde, den Erben durch die Vorschützung der Einreden nicht in Verzug kommen zu lassen,[3]) während die Mehrheit die Vermeidung des Verzuges damit rechtfertigte, daß die Verzugsfolgen für den Erben eine unbillige Härte seien, und es auch im Interesse der Gläubiger läge, wenn

1) Prot. Bd. 5, S. 731.
2) Prot. Bd. 5, S. 785.
3) Prot. Bd. 5, S. 790.

der Erbe die Einreden gebrauchte.[1]) Darauf, daß diese Begründung der Mehrheit „unstichhaltig und unverständlich“ ist, hat schon Herzfelder[2]) hingewiesen.

Nun wurde der Redaktionskommission durch die Hauptkommission anheimgestellt, „zu prüfen, ob der Satz, daß der Erbe in den Abs. 1, 2 des § 2130 bezeichneten Fällen die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit zu verweigern berechtigt ist, in der Weise zu fassen sei, daß der Erbe unter den bezeichneten Voraussetzungen durch die Nichterfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit nicht in Verzug kommt“.[3]) Die Redaktionskommission hat die hier angeregte Änderung nicht vorgenommen. Hieraus sind einander widersprechende Schlüsse gezogen worden: Eccius,[4]) Herzfelder[5]) und Strohal[6]) sehen darin ein Argument dafür, daß die verzughemmende Wirkung der Einreden in dem Gesetze nicht zum Ausdruck gekommen sei, während Planck[7]) und v. Winterfeld[8]) daraus schließen, daß die Redaktionskomission der erfolgten Anregung deshalb keine Folge gab, weil sie die Ausschließung des Verzuges als eine selbstverständliche Folge aus dem Wesen einer aufschiebenden Einrede und den Grundsätzen über den Verzug ansah.[9]) Beiden Argumenten fehlt die zwingende Kraft; die größere Wahrscheinlichkeit spricht wohl dafür, daß die Hauptkommission die Redaktionskommission nicht zu einer sachlichen, sondern zu einer redaktionellen Änderung hat anregen wollen.[10])

---

1) Prot. Bd. 5, S. 791.
2) Kommentar S. 252.
3) Prot. Bd. 5. S. 790.
4) a. a. O. Bd. 44, S. 900.
5) Kommentar S. 252.
6) Kommentar S. 204.
7) In der Mitteilung Strohals a. a. O. S. 204.
8) a. a. O. S. 11—13.
9) Planck a. a. O.
10) So v. Winterfeld S. 11, 12.

Auch aus dem von Strohal[1]) und v. Winterfeld[2]) besprochenen Vorbehalt der Hauptkommission, „nach Beendigung der zivilprozessualen Vorschriften auf die Frage der rechtlichen Natur der Einredeu der Absätze 1 und 2 und die Stellung derselben zurückzukommen“,[3]) läßt sich höchstens darauf schließen, daß bei Beratung dieser Vorschriften zunächst Unklarheiten über die rechtliche Natur dieser Einreden bestanden; es ist aber m. E. nach den zitierten Stellen der Protokolle wohl anzunehmen, daß die Subkommission, die Hauptkommission in ihrer Mehrheit und wahrscheinlich auch die Redaktionskommission[4]) die Absicht hatten, die aufschiebenden Einreden des Erben als materiellrechtliche und verzughemmende zu gestalten.

Bedeutsamer ist folgender Punkt. Bei der Schlußrevision des BGB. sind folgende zwei Änderungen eingetreten:

1. in dem § 197, Abs. 2 (§ 202, Abs. 2 BGB.) sind den Einreden, die die Verjährung nicht hemmen, die aufschiebenden Einreden des Erben hinzugefügt.[5])

2. Der heutige § 305 ZPO., der von der Hauptkommission gestrichen war,[6]) wurde als § 293e wieder hergestellt.[7])

Diese beiden Änderungen sind, wie v. Winterfeld[8]) hervorhebt, nicht von der Redaktionskommission geschaffen, sondern erst bei der Schlußrevision des BGB.: gerade hierin liegt ein Hinweis dafür, daß es sich nicht etwa bloß um redaktionelle, sondern um sachliche Änderungen handelt. Wie oben[9]) aus-

---

1) Kommentar S. 204.

2) a. a. O. S. 12, Anm. 1.

3) Prot. Bd. 5, S. 787.

4) Dafür, daß die Redaktionskommission diese Absicht hatte, spricht u. a. besonders der Umstand, daß sie den §§ 2014—2017 die gemeinsame Überschrift „aufschiebende Einreden“ gegeben hat.

5) Prot. Bd. 6, S. 383.

6) Prot. Bd. 5, S. 790.

7) Prot. Bd. 6, S. 661.

8) a. a. O. S. 14.

9) Vgl. sub. A. I.

geführt, sind es gerade die §§ 202, Abs. 2 BGB. 305 ZPO., die die Annahme, daß wegen der fehlenden Fälligkeit der Verzug ausgeschlossen sei, unmöglich machen. Wenn also auch, was wohl anzunehmen ist, die Haupt- und Redaktionskommission den Einreden verzughemmende Kraft geben wollten, ohne daß dies freilich unzweideutig im Gesetz zum Ausdruck gekommen wäre, so sind bei der Schlußrevision Bestimmungen geschaffen worden, die die rechtliche Natur der Einreden dahin verändern, daß die Fälligkeit der Forderungen durch sie nicht berührt wird.

Ob dieser Einfluß der hier geschaffenen Änderungen auf das Wesen der aufschiebenden Einreden von der Kommission beabsichtigt oder ihr auch nur bewußt war, geht aus den Protokollen nicht hervor; dafür, daß es wohl nicht beabsichtigt war, die Natur der aufschiebenden Einreden hierdurch zu verändern, spricht, daß sich auch in der dem Reichstage zugegangenen Denkschrift der Satz findet, der Erbe solle durch die §§ 2014, 2015 gegen die Folgen des Verzuges gesichert werden.[1])

Jedenfalls ist es hieraus sowie aus dem Fehlen irgendeines Hinweises auf den Zusammenhang der neu geschaffenen Vorschriften mit der rechtlichen Natur der aufschiebenden Einreden des Erben zu erklären, daß bei Inkrafttreten des BGB. zunächst ganz allgemein angenommen wurde, daß die in den zitierten Stellen der Protokolle vertretene Auffassung der Hauptkommission Gesetz geworden sei, und daß die durch die später geschaffenen §§ 202, Abs. 2 BGB. 305 ZPO. eingetretenen Änderungen unberücksichtigt blieben, bis Eccius[2]) zuerst darauf hinwies.

Die bei Beratung der Hauptkommission von ihrer Mehrheit vertretene Auffassung kann also für eine Auslegung der §§ 2014, 2015 nicht in Betracht kommen, weil durch die später entstandenen §§ 202, Abs. 2, 305 die Wirkung der Einreden in entscheidender Weise verändert worden ist.

---

1) a. a. O. S. 397.
2) a. a. O. Bd. 44, S. 899 ff.

II. Die prozeßrechtliche Natur der aufschiebenden Einreden.

Es ergibt sich ganz von selbst, daß die rechtliche Natur der aufschiebenden Einreden des Erben von sämtlichen Vertretern der älteren Ansicht[1]) als materiellrechtlich bezeichnet wird. Innerhalb der neueren Ansicht finden sich bezüglich dieses Punktes trotz der im wesentlichen vorhandenen Übereinstimmung über die Wirkungen der Einreden voneinander abweichende Auffassungen: Eccius (a. a. O. Bd. 44, S. 900); Herzfelder (Kommentar S. 253); Fuchs (Recht 1905, S. 339, 425); Landsberg (a. a. O. § 298); und auch das OLG. Jena (Bl. f. Rechtspflege i. Thür. und Anhalt Bd. 55, S. 193) bezeichnen die Einreden als prozeßrechtlich, die nur die Wirkung hätten, die Durchführung der Zwangsvollstreckung auf Sicherungsmaßregeln zu beschränken; dagegen vertreten Müller (a. a. O. S. 685, 686) und Strohal (Kommentar S. 208) die allerdings durchaus verschieden begründete Auffassung, daß die Einreden trotz des Verzugseintrittes materiellrechtlich seien.

Müller geht von der Unterscheidung zwischen Schuld und Haftung aus und nimmt an, daß der prinzipiell unbeschränkt haftende Erbe eine Beschränkung seiner Haftung nach den §§ 1990—1992, 1970—1974 BGB., und nur nach diesen Vorschriften, bewirken könne, daß somit durch die Gewährung des Rechtes zur Verweigerung der Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit nach den §§ 2014, 2015 keine Aufhebung oder Beschränkung der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeit begründet sei; vielmehr betreffe dies Verweigerungsrecht die persönliche Verpflichtung des Erben zur Erfüllung, d. h. die Frage der Schuld. Der Erbe hafte, aber schulde nicht, solange die

1) Außer den auf S. 15 obengenannten vgl. noch: Böhm a. a. O. S. 402; Binder a. a. O. Bd. 2, S. 111; Frommhold a. a. O. S. 74; Kohler Lehrbuch, Bd. 2, S. 87, Anm. 1; Neumann a. a. O. § 2014, Bem. 2 — die sämtlich die aufschiebenden Einreden des Erben als materiellrechtlich bezeichnen, ohne jedoch irgendwie die hier erörterte Streitfrage zu berühren.

Fristen der §§ 2014, 2015 für ihn laufen. Wegen dieser Wirkung hätten die aufschiebenden Einreden materiellrechtlichen Charakter. — Aus dieser Auffassung zieht Müller dann Folgerungen für die Unanwendbarkeit der §§ 283, 326 BGB. während der Einredefristen.[1])

Es ist hier nicht der Ort zu untersuchen, ob die primitiven Rechten entnommene Unterscheidung zwischen Schuld und Haftung sich in unser heutiges Rechtssystem überhaupt einfügen läßt, wie es freilich verschiedentlich versucht ist.[2]) Es ist zum mindesten sehr fraglich, ob nach heutigem Recht eine Personalhaftung ohne Schuld überhaupt denkbar ist, ob nicht die heutige Personalhaftung vielmehr in der Eingehung einer durch Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit, für die gehaftet wird, bedingten, eigenen Schuld des Haftenden besteht. Dies sei nur angedeutet, um die Mißlichkeit der Anwendung derartiger Begriffe auf das heutige Recht zu zeigen; aber selbst wenn man von der Verwendbarkeit des Unterschiedes von Schuld und Haftung für das bürgerliche Recht ausgeht, so ist die Konstruktion Müllers als unmöglich zu bezeichnen.

Müller behauptet,[3]) daß der Erbe während der Dauer der Fristen nicht schuldet, wenn er von den Einreden Gebrauch mache; anderseits ist er der Ansicht,[4]) die „Fälligkeit der Schuld werde durch den Tod des Schuldners nicht hinausgeschoben, der Erbe komme während der Fristen trotz Geltendmachung der Einreden in Verzug, und die Einreden hinderten prozeßrechtlich weder Belangung noch Verurteilung des Erben".

Es ist unverständlich, warum Müller die drei zuletzt erwähnten Punkte nur als „eine Frage der Haftung" bezeichnet, die in das zwischen Erben und Gläubiger geschaffene Schuld-

---

1) Vgl. Näheres hierüber unten: 2. Teil sub. B. Ia).

2) Vgl. z. B. Isay a. a. O. S. 192; dagegen vgl. Siber, Iherings Jahrb. Bd. 50, S. 63, 103 ff.

3) a. a. O. S. 687.

4) S. 686 unten.

verhältnis nicht eingreife. Es liegt vielmehr ein Widerspruch in der Annahme, die Nachlaßverbindlichkeit, deren Schuldner der Erbe ist (§ 1922 BGB.), sei fällig, aber der Erbe schulde nicht; denn das Wesen der Fälligkeit besteht gerade darin, daß der Schuldner, hier also der Erbe, schuldet, bezw. die bestehende Verbindlichkeit sofort zu erfüllen verpflichtet ist. Ebenso unrichtig ist es, zu sagen, der Erbe komme, trotzdem er nicht schulde, in Verzug; denn nach den Vorschriften über den Verzug kann nur der Schuldner in Verzug kommen, nicht aber jemand, der nicht schuldet.[1])

Es ist also entgegen den Müllerschen Ausführungen zu sagen, daß die §§ 2014, 2015 das Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Erben nicht berühren, daß also der Erbe auch während der Fristen sowohl haftet als auch schuldet.

Die Ansicht Müllers ist vereinzelt geblieben und sowohl vom Standpunkt der älteren Auffassung[2]) als auch von dem der neueren aus[3]) widerlegt worden.

Etwas durchaus anderes will Strohal damit sagen, wenn er den Einreden „den zivilrechtlichen Charakter nicht völlig absprechen“ will.[4]) Strohal geht davon aus, daß der Erbe die Einreden selbst dann anwenden könne, wenn der Nachlaß zureichend sei; weil aber die Rechtsordnung diese zweifellose Rechtsverletzung aus Rücksicht auf die vorliegende Interessenkollision zunächst zulasse, weil also das Interesse des einzelnen Nachlaßgläubigers hinter dem möglicherweise gefährdeten Interesse der übrigen Nachlaßgläubiger zurückstehen müsse, sei den Einreden trotz der eintretenden Verzugsfolgen der zivilrechtliche Charakter nicht völlig abzusprechen; der Erbe habe nicht bloß „ein prozessuales Widerspruchsrecht, sondern ein nicht wegzuleugnendes einstweiliges Leistungsverweigerungsrecht, jedoch unter Eintritt der Verzugsfolgen“.

1) Vgl. § 284: „Der Schuldner kommt in Verzug . . . . .“
2) v. Winterfeld a. a. O. S. 42, 43.
3) Fuchs a. a. O. S. 425.
4) Kommentar S. 208.

Diese Äußerung Strohals enthält eine gewisse Unklarheit, da sich nicht genau feststellen läßt, welche Tragweite ihr beizulegen ist.

Es handelt sich hier um die Frage, ob die Wirkungen der aufschiebenden Einreden sich lediglich auf das prozessuale Gebiet bezw. das Vollstreckungsverfahren beschränken, oder ob sie sich außerdem noch auf das materiellrechtliche Gebiet erstrecken. Hierbei ist scharf zu unterscheiden, ob den aufschiebenden Einreden des Erben irgendwelche typische Wirkungen einer materiellrechtlichen Einrede zukommen, oder ob bei Fehlen derartiger Wirkungen das Bestehen der festgestellten prozessualen Wirkungen Bedeutung und Einfluß auf das materielle Recht hat. Nur im ersteren Falle liegt eine materiellrechtliche Einrede vor. Wie gesagt, geht aus der angeführten Äußerung Strohals nicht klar hervor, welche Stellung er zu dieser Frage einnimmt; es ist dies vielmehr unter Berücksichtigung seiner übrigen diesbezüglichen Ausführungen zu erörtern.

Strohal führt ebenda[1]) aus, „daß die aufschiebenden Einreden der §§ 2014, 2015 auf die Entscheidung der Frage, wozu der Erbe auf die vom Nachlaßgläubiger erhobene Klage hin zu verurteilen ist, überhaupt keinen Einfluß haben sollen, sodaß der Erbe auf Grund derselben in Übereinstimmung mit Entwurf I nur die in § 782 ZPO. bestimmte Einschränkung der Zwangsvollstreckung verlangen“ könne.

Jede materiellrechtliche Einrede müßte aber gerade daran zu erkennen sein, daß sie auf das, wozu der Schuldner verurteilt wird, von Einfluß ist. Die Einwirkung kann entweder darin bestehen, daß der Gläubiger auf das Vorschützen der Einrede hin mit der erhobenen Klage abgewiesen wird, oder daß die Verurteilung inhaltlich eingeschränkt wird, etwa durch Hinzufügung einer Bedingung oder Betagung. Wie ein derartiger Einfluß bei den Einreden der §§ 2014, 2015 zu denken wäre,

1) Kommentar S. 205.

zeigt eine frühere Ausführung Strohals,[1]) in der er noch die ältere Auffassung von der materiellrechtlichen, insbesondere verzughemmenden Kraft dieser Einreden vertritt. Strohal macht hier einen Unterschied, ob der Gläubiger gegen den Erben nur die geschuldete Leistung einklagt, oder ob er daneben noch Forderungen aus dem Verzuge des Erben geltend macht. In letzterem Fall zeige sich die materiellrechtliche Wirkung der Einreden darin, daß der Gläubiger bezüglich der geltend gemachten Verzugsfolgen abgewiesen wird; hier ist die Einrede mithin von Einfluß auf die Frage, wozu der Erbe zu verurteilen ist. So ist, wie Strohal ausführt, dies auch der einzige Fall, in dem die Einrede schon im Prozeßstadium geltend gemacht werden muß, während der Erbe in allen anderen Fällen seine Rechte erst im Vollstreckungsstadium geltend zu machen braucht.

Nach der jetzigen Ansicht Strohals schließt die Geltendmachung der Einreden weder den Verzug aus, noch hat sie irgend einen Einfluß auf den Umfang der Verurteilung. Daß die Einfügung des Vorbehaltes der beschränkten Haftung keine inhaltliche Beschränkung des Urteils ist, wurde schon oben ausgeführt;[2]) außer aus dem dort genannten Grunde ergibt sich das schon daraus, daß jeder Erbe, der noch die Möglichkeit hat, seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken, sich diesen Vorbehalt in das Urteil einfügen lassen kann, auch ohne daß er sich auf die aufschiebenden Einreden beruft, ja auch ohne daß ihm die aufschiebenden Einreden überhaupt zustehen. Diese Möglichkeit hat zur Folge, daß der Erbe sich im Prozesse nicht auf die Rechte aus den §§ 2014, 2015 zu berufen braucht, sondern nach Einfügung des Vorbehalts bei der Zwangsvollstreckung die Beschränkung auf Arrestvollzugsmaßregeln verlangen kann (§§ 780, 782 ZPO.).

---

1) Vgl. Erbrecht Bd. 2, § 74 III.
2) Vgl. oben sub A. I. a.

Die erwähnten Ausführungen Strohals, die mit denen der anderen Vertreter der neueren Ansicht sachlich durchaus übereinstimmen, ergeben, daß die aufschiebenden Einreden der §§ 2014, 1015 irgendeine unmittelbare Wirkung auf materiellrechtlichem Gebiete nicht besitzen. Hiermit scheint es wahrscheinlich, daß Strohal mit der oben angegebenen Äußerung unter Anerkennung der rein prozeßrechtlichen Wirkungen der aufschiebenden Einreden auf die zivilrechtliche Bedeutung hat hinweisen wollen, die den Einreden vermöge ihrer prozeßrechtlichen Wirkungen zukommt. Um diese zivilrechtliche Bedeutung klarzustellen, braucht man sich nur die Lücke im System der Regelung der Erbenhaftung vorzustellen, die bei Wegfall der §§ 2014, 2015 BGB. 782 ZPO. entstehen würde; wie in der Einleitung ausgeführt, würden ohne diese Bestimmungen die Mittel, die dem Erben zur Orientierung über den Bestand des Nachlasses zur Verfügung stehen — die Inventar-Errichtung und das Aufgebot der Nachlaßgläubiger — ihren Zweck nicht erreichen können, da infolge des ungehinderten Vorgehens der Gläubiger mit fälligen Forderungen der Nachlaß bis zur Entscheidung der Haftungsfrage nicht unversehrt erhalten bleiben könnte.

Wenn die genannte Äußerung Strohals in diesem Zusammenhange die zivilrechtliche Bedeutung der aufschiebenden Einreden hat betonen wollen, so ist ihr durchaus zuzustimmen; wenn sie aber die Bedeutung hat, die Natur der aufschiebenden Einreden nicht als rein prozeßrechtlich, sondern daneben auch als materiellrechtlich zu bezeichnen, dann liegt in ihr ein innerer Widerspruch mit den übrigen Ausführungen Strohals, insbesondere soweit sie den Eintritt des Verzuges des Erben betreffen; denn der Eintritt des Leistungsverzuges ist gerade die Folge einer Leistungverweigerung seitens eines Schuldners, dem kein Leistungsverweigerungsrecht zusteht. Wenn aber einen solchen Schuldner genau dieselben Folgen treffen wie den Erben, der auf Grund seiner Rechte aus den §§ 2014, 2015

die Befriedigung einer Nachlaßverbindlichkeit verweigert, so ist damit gesagt, daß das „einstweilige Leistungsverweigerungsrecht“ keinerlei zivilrechtliche Wirkungen hat. Die Konstruktion eines Rechtes mit zivilrechtlichem Charakter, dessen Vorhandensein oder Nichtvorhandensein zivilrechtlich völlig irrelevant ist, dessen Geltendmachung im Prozesse ohne Einfluß auf den Umfang der Verurteilung ist, ist geeignet, zu Unklarheiten und Irrtümern Anlaß zu geben.

Als Einwand gegen diese Ausführungen könnte auf die analoge Lösung einer Interessenkollision in den Fällen des § 904[1]) verwiesen werden. Auch hier erhält derjenige, dessen Interessen schwerer bedroht sind, ein Recht zur Lösung der Kollision, dessen Ausübung er zu vertreten hat. Der Unterschied liegt jedoch darin, daß es sich im Falle des § 904 um die Verletzung eines dinglichen, in dem der §§ 2014, 2015 um die Verletzung eines obligatorischen Rechtes handelt. Da nun die dinglichen Rechte durch die Vorschriften über den Selbstschutz (vgl. §§ 227, 859 BGB.) stärker geschützt sind als die obligatorischen, so hat ein Recht zur Verletzung eines dinglichen Rechtes trotz der Verpflichtung zum Schadenersatz insofern zivilrechtlichen Charakter, als der Verletzte sich nicht selbst rechtmäßig gegen die Ausübung dieses Rechtes verteidigen kann, sondern nur auf den Schadenersatzanspruch angewiesen ist. Anders verhält es sich bei der Verletzung eines obligatorischen Rechtes. Hier gibt es keine Vorschriften über einen Selbstschutz des Gläubigers, der also von vornherein darauf angewiesen ist, daß der Schuldner eine unberechtigte Leistungsverweigerung zu vertreten hat. Wenn also das Gesetz in den §§ 2014, 2015 dem Erben ein Recht zur Leistungsverweigerung gibt, dessen Ausübung er genau so zu vertreten hat, als wenn er die Leistung verweigerte, ohne daß ihm das

---

1) Vgl. oben A. II b 1.

Recht zustände, so folgt daraus, daß dieses Recht nicht materiellrechtlicher Natur sein kann.

Daß dieses Resultat in Hinsicht auf die Überschrift der §§ 2014 bis 2017 „aufschiebende Einreden" zunächst befremdlich erscheinen mag, ist ohne weiteres anzuerkennen. Wie oben erwähnt[1]), wurde diese Überschrift von der Redaktionskommission geschaffen, bevor die Rechte der §§ 2014, 2015 durch Erweiterung bezw. Einfügung der §§ 202, Abs. 2 BGB., 305 ZPO. in ihren Wirkungen verändert wurden. So läßt sich aus der Entstehungsgeschichte dieser Paragraphen dieser befremdliche Widerspruch erklären. Es ist aber als bedauerlich zu bezeichnen, daß nicht bei der Schlußrevision des BGB. zugleich mit dieser einschneidenden Änderung auch der Untertitel: aufschiebende Einreden entsprechend modifiziert worden ist, und es ist deshalb dem OLG. Jena durchaus beizustimmen, wenn es von der „allerdings außerordentlich unglücklich gefaßten Normierung" eines Mittels spricht, durch das der Erbe nur die vollständige Durchführung der Zwangsvollstreckung hindern könne.[2])

III. Berücksichtigung des gesetzlichen Zweckes.

Die Vertreter der älteren und der neuen Auffassung sind sich im wesentlichen einig über den gesetzlichen Zweck der aufschiebenden Einreden der §§ 2014, 2015, der darin besteht, die „widerstreitenden Interessen des Erben, der Nachlaßgläubiger und der sonstigen Gläubiger des Erben auszugleichen"[3]). Etwas weniger allgemein ausgedrückt: die Einreden sind dazu bestimmt, den Bestand des Nachlasses gegen das Vorgehen der im Besitze fälliger Forderungen befindlichen Nachlaßgläubiger im Interesse der Gesamtheit der Nachlaßgläubiger zu erhalten

1) Vgl. oben sub C. I.
2) Vgl. Bl. f. Rechtspflege i. Thür. u. Anhalt Bd. 55, S. 197.
3) So Denkschr. S. 272.

und so zugleich den Erben durch die Ermöglichung einer ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses und Feststellung seines Bestandes gegen die aus einer unsachgemäßen Verwaltung entstehenden Ersatzansprüche geschädigter Nachlaßgläubiger zu sichern. Da dies, wie gesagt, unbestritten ist, so ist es nicht unwichtig, festzustellen, daß die Wirkungen der aufschiebenden Einreden im Vollstreckungsverfahren zur Erreichung dieses Resultates vollkommen ausreichen.

Wie oben im einzelnen ausgeführt wurde[1]), kann der Erbe gemäß § 782 ZPO. während der Dauer der Einredefristen, die so bemessen sind, daß dem Erben Zeit gelassen ist, eine der konkreten Rechtslage angemessene Entscheidung der Haftungsfrage zu treffen, das Vorgehen der im Besitze eines vollstreckbaren Titels befindlichen Nachlaßgläubiger auf Maßregeln des Arrestvollzuges beschränken. Stellt sich nun während der Einredefristen heraus, daß der Nachlaß zur Befriedigung sämtlicher Verbindlichkeiten ausreicht, so sind dann weder die noch nicht fälligen Nachlaßverbindlichkeiten noch der Erbe weiter schutzbedürftig; die begonnene Vollstreckung kann vielmehr nach Ablauf der Fristen ungehindert ihren Fortgang nehmen.

Erweist der Nachlaß sich dagegen als unzureichend, und stellt sich die Eröffnung des Nachlaßkonkurses als notwendig heraus, so berechtigen die während der Einredefristen erworbenen Pfandrechte bezw. Sicherungshypotheken nicht zur abgesonderten Befriedigung im Nachlaßkonkurs (§ 221 KO.). Die erlangten Rechte sind somit im Konkurse wertlos, sodaß der ganze Nachlaß unter sämtliche Nachlaßgläubiger anteilig verteilt werden kann und somit die par conditio creditorum gewahrt ist. Damit ist der gesetzliche Zweck der aufschiebenden Einreden des Erben erreicht.

Zugleich ergibt sich hieraus noch folgendes: Wenn die in der Beschränkung der Gläubiger mit fälligen Forderungen auf

---

1) Vgl. oben sub B. II.

Arrestvollzugsmaßregeln und in der Wertlosigkeit dieser Maßregeln im Konkurse liegende Schädigung der fälligen Forderungen zur Erreichung des gesetzlichen Zweckes notwendig, aber auch ausreichend ist, so stellt sich damit eine noch weitergehende Schädigung dieser Forderungen, die in dem Verzugsausschlusse liegen würde, als überflüssig heraus. Da aber eine vorhandene Interessenkollision unter möglichst weitgehender Berücksichtigung sämtlicher beteiligter Interessen gelöst werden muß, so ist eine derartige Schädigung eines Beteiligten, die über den schon erreichten Zweck hinausgeht, vom legislativen Standpunkte aus durchaus zu vermeiden. Auch aus diesem Zusammenhange heraus läßt sich der Ausschluß des Verzuges bezw. die Konstruktion der aufschiebenden Einreden des Erben als materiellen Leistungsverweigerungsrechtes nicht rechtfertigen.

---

2. Teil: Die praktischen Konsequenzen der aufschiebenden Einreden des Erben nach den verschiedenen Auffassungen.

Die in dieser Arbeit behandelte Frage ist zuerst von Eccius[1]) aufgeworfen worden. Bis dahin ging im Anschluß an die in den Gesetzesmaterialien vertretene Auffassung die allgemein herrschende Meinung dahin, daß die aufschiebenden Einreden materiellrechtlicher Natur seien und den Eintritt der Fälligkeit der Nachlaßverbindlichkeiten, damit natürlich auch den des Verzuges des Erben während der Einredefristen verhinderten. Eccius ist zu seiner hiervon abweichenden Meinung augenscheinlich durch die Bedenken angeregt worden, die sich aus den praktischen Konsequenzen der herrschenden Ansicht ergeben. Auch die anderen Vertreter der neueren Ansicht haben

1) a. a. O. Bd. 44, S. 899 ff.

im Anschluß an Eccius gerade auf diesen Punkt sehr viel Gewicht gelegt, sodaß diese Erwägungen nicht nur „historisch betrachtet als Entstehungsgrund der neueren Ansicht, sondern auch als ihre festeste Stütze“ bezeichnet worden sind[1]). Wenn diese Bezeichnung zutreffend wäre, und wirklich diese Erwägungen das Hauptargument der neueren Ansicht bildeten, so würde diese jedenfalls nur de lege ferenda, nicht de lege lata in Betracht kommen können. Es ist demgegenüber hervorzuheben, daß es in erster Linie systematische Gründe sind, die für die Richtigkeit der neueren Ansicht sprechen, und im Vergleich zu denen Billigkeitserwägungen nur von sekundärer Bedeutung sein können.

Unter Festhaltung dieses Standpunktes ist auf die Konsequenzen einzugehen, die sich aus den verschiedenen besprochenen Auffassungen ergeben; denn nur durch eine Betrachtung der durch den Verzugseintritt bezw. -Ausschluß sich verschieden gestaltenden Rechtslage bei den einzelnen in Frage kommenden Rechtsverhältnissen läßt sich die praktische Bedeutung der Unterschiede in der Auffassung der Einreden erkennen, und nur hierdurch kann sich herausstellen, ob das auf systematische Erwägungen gestützte Resultat auch in der praktischen Anwendung befriedigend ist.

Bei einer Abgrenzung der in Betracht kommenden praktischen Fälle sind alle diejenigen von der Besprechung auszuscheiden, in denen sich der Ausschluß des Leistungsverzuges auch ohne das Bestehen der sich aus den §§ 2014, 2015 ergebenden Rechte schon aus anderen Umständen ergeben würde, z. B. bei Nachlaßverbindlichkeiten, deren Erfüllung dem Erben nicht möglich ist, weil es sich etwa um höchst persönliche Leistungen des Erblassers handelte, oder bei gestundeten oder aus einem anderen Grunde noch nicht fälligen Nachlaßverbindlichkeiten oder ähnliche Fälle.

---

1) Vgl. v. Winterfeld a. a. O. S. 30.

A. Die allgemeinen Verzugsfolgen.

Gehen wir zunächst von einem möglichst einfachen Falle aus. Dem Gläubiger stand gegen den Erblasser eine unverzinsliche Geldforderung zu, etwa eine Schadensersatzforderung oder eine Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung. Der Erbe beruft sich dieser Forderung gegenüber auf seine Rechte aus den §§ 2014, 2015.

Die normale Verzugsfolge, die nach der neueren Ansicht hier eintritt, besteht darin, daß der Gläubiger zur Geltendmachung von 4% Verzugszinsen berechtigt ist (§ 288 BGB.), die also zunächst den Nachlaß belasten. Diese Belastung erscheint nicht unbillig; denn wenn sich später der Nachlaß als für die Befriedigung sämtlicher Nachlaßverbindlichkeiten ausreichend erweist, so trifft diese Belastung den Erben, der dem Gläubiger, ohne daß die materielle Rechtslage es rechtfertigte, das geschuldete Kapital vorenthielt. Wenn sich aber die Eröffnung des Nachlaßkonkurses als notwendig herausstellt und also die Gesamtheit der Nachlaßgläubiger vom Eintritt dieser Verzugsfolge betroffen wird, so ergibt sich aus der oben hervorgehobenen [1]) Parallele mit § 65, Abs. 2 der KO., daß die Berücksichtigung verschiedener Fälligkeitstermine unverzinslicher Forderungen durch Berechnung des Zwischenzinses der in der KO. erfolgten Regelung einer einheitlichen und gleichmäßigen Befriedigung sämtlicher Gläubiger durchaus entspricht.

Vom Standpunkte der älteren Auffassung ergibt sich in diesem Falle kein einheitliches Resultat.

Wenn man annimmt, daß die Nachlaßverbindlichkeiten erst mit Ablauf der Einredefristen fällig werden, so tritt innerhalb der Fristen überhaupt keine Verzinsung der Forderung ein. Daß dies sowohl im Falle, daß der Gewinn der Verzugszinsen bei zureichendem Nachlasse dem Erben, als auch bei späterer Eröffnung des Nachlaßkonkurses der Gesamtheit der Nachlaß-

1) Vgl. oben 1. Teil sub A. II b 2.

gläubiger zugute kommt, als unbillig zu bezeichnen ist, ergibt sich unmittelbar aus der obigen Ausführung. Der Ausschluß der Verzinsung während der Fristen schließt eine außerordentliche Benachteiligung der fälligen Forderungen in sich. Die Bedeutung dieser Unbilligkeit tritt besonders deutlich hervor, wenn man sich die Dauer der Einredefristen vergegenwärtigt, die bei Erlaß eines Aufgebotsverfahrens $1^1/_2$ Jahre (§§ 2015, BGB., 994 ZPO.), in den Fällen des § 1944, Abs. 2 BGB. sogar 2 Jahre betragen kann. Es kann hiernach also unter Umständen eine empfindliche Schädigung der fälligen Forderungen eintreten.

Daß dieses Resultat unbillig ist, erkennt auch v. Winterfeld an und sucht demgemäß von seinem Standpunkt auf folgendem Wege eine angemessenere Lösung. Der Gläubiger könne während der Einredefristen zwar keine Verzugszinsen (§ 288), wohl aber im Falle, daß er gegen den Erben klagt, Prozeßzinsen (§ 291) verlangen.[1])

Auch diese Lösung kann nicht befriedigen; denn wenn es für die Belastung des Nachlasses durchaus keinen Unterschied macht, ob aus ihm 4% Verzugs- oder Prozeßzinsen zu zahlen sind, so ist zur Erreichung des gleichen Resultates hier ein vom Standpunkt der neueren Ansicht aus völlig überflüssiger Prozeß erforderlich, dessen Kosten zudem noch, wie v. Winterfeld annimmt, dem klagenden Gläubiger zur Last fallen. Von letzterer Frage zunächst noch abgesehen,[2]) liegt jedenfalls in dem Prozesse ein kostspieliger und überflüssiger Umweg, den das Gesetz zur Erreichung genau desselben Resultates machen würde, zu dem es nach der neueren Ansicht direkt und ohne Belastung der Beteiligten mit neuen Kosten gelangt.

Sehr ähnlich mit dem eben besprochenen gestaltet sich der Fall, daß der Erblasser zur Herausgabe einer Sache verpflichtet

---

1) Vgl. v. Winterfeld a. a. O. S. 36 ff.
2) Vgl. näheres unter sub B. VI.

war. Bei Eintritt des Leistungsverzuges tritt gemäß § 287 eine Verschärfung der Haftung des Schuldners in der Art ein, daß er jede Fahrlässigkeit zu vertreten hat und auch für eine zufällige Unmöglichkeit verantwortlich ist. — Während in diesem Falle nach der Ansicht von der Hinausschiebung der Fälligkeit eine Verschärfung der Haftung während der Einredefristen überhaupt nicht eintritt, der Gläubiger also während dieser Zeit die Gefahr der ihm vorenthaltenen Sache zu tragen hat, soll nach der Auffassung v. Winterfelds[1]) der Gläubiger auch hier durch Klagerhebung die Haftung des Erben verschärfen können (§ 292). Für die Beurteilung dieser Konstruktion ist auf die obige Ausführung zu verweisen. Der Zweck des § 292 besteht darin, im Prozeß die Haftung des Beklagten auf ein gesetzlich festgelegtes Mindestmaß zu verschärfen; aber es wäre sowohl vom gesetztechnischen Standpunkte aus als auch in der Praxis eine außerordentliche Schwerfälligkeit, wenn dem Gläubiger nur zur Verschärfung der Haftung des Erben die Führung eines Prozesses zugemutet würde, trotzdem zwischen ihm und dem Erben über dessen Verpflichtung zur Herausgabe der Sache gar keine Meinungsverschiedenheiten bestehen.

Als weitere allgemeine Verzugsfolge ergibt sich aus § 286 die Verpflichtung des Schuldners zum Ersatze des durch den Verzug entstehenden Schadens, die nach der neueren Ansicht also bei Geltendmachung der aufschiebenden Einreden eintritt, nach der älteren Ansicht dagegen nicht. Zweifellos kann durch den Eintritt dieser Verpflichtung eine nicht unerhebliche Mehrbelastung des Nachlasses eintreten, wenn der Gläubiger durch die Leistungsverweigerung einen empfindlichen Schaden erleidet; aber je größer dieser Schaden ist, umso unbilliger würde es sein, den Gläubiger allein die Kosten der Geltendmachung der Einreden tragen zu lassen. Gerade diese Verzugsfolge erinnert sehr an die entsprechend geregelten Lösungen von Interessen-

1) a. a. O. S. 37.

kollisionen in den §§ 904, 258, usw.; auch hier wurde dem Berechtigten die Verpflichtung zum Ersatze des durch die Ausübung seines Rechtes entstandenen Schadens auferlegt, und die Schadensersatzforderung stellte sich als ein durchaus nicht immer gleichwertiger Ausgleich der gestatteten Rechtsverletzung dar.[1]) Im vorliegenden Falle gilt das gleiche; es ist jedoch noch zu berücksichtigen, daß gerade in dem Falle einer Vorschützung der Einreden bei unzureichendem Nachlasse der Nachlaßgläubiger seinen Schaden nicht etwa ganz ersetzt erhält, sondern auch die Schadensersatzforderung neben den anderen Forderungen nur zur anteiligen Befriedigung gelangt, wodurch sich der ohnehin schon nicht ganz gleichwertige Ausgleich für den Gläubiger noch ungünstiger gestaltet.

Wenn sich in diesem Falle die Schadensersatzforderung als gerechtfertigt erweist, so noch mehr dann, wenn die Leistung durch den Erben bei zureichendem Nachlaß verweigert wird. Hier würde es ein äußerst unerfreuliches Ergebnis sein, wenn der Erbe für die durch die materielle Rechtslage nicht gerechtfertigte Leistungsverweigerung nicht nur nicht verantwortlich wäre, sondern auf Kosten des Nachlaßgläubigers Gewinn daraus zöge.

B. Besondere Bestimmungen.

I. Gegenseitiger Vertrag.

a) Die Rechte aus den §§ 323—327.

Noch krasser tritt die praktische Unhaltbarkeit der älteren Ansicht bei Vorliegen eines gegenseitigen Vertrages zu Tage. Wenn hier der Erbe während der Einredefristen die ihm obliegende Leistung verweigert, so bleibt trotzdem der Gläubiger an den Vertrag gebunden und kann weder zurücktreten noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, da der Erbe

1) Vgl. oben 1. Teil sub A. II b 1.

sich nicht im Verzuge befindet (§ 326); dem Gläubiger ist also jede Möglichkeit genommen, auf die Gestaltung des Schuldverhältnisses einzuwirken, während diese ganz in das Belieben des Erben gestellt ist. Dieser kann den Gläubiger entweder bis zum Ablauf der Einredefrist warten lassen oder aber auch, sobald es ihm günstig erscheint, erklären, er wolle nun von seinem Verweigerungsrechte keinen Gebrauch mehr machen, sondern unter Anbietung der eigenen Leistung Erfüllung verlangen; es muß also der Gläubiger, um dann nicht seinerseits in Leistungsverzug zu geraten, während der ganzen Dauer der Fristen zur Erfüllung bereit sein. Dem Erben wäre dadurch, daß er ganz willkürlich während der langen Dauer der Einredefristen den Zeitpunkt der Erfüllung festsetzen kann, die Möglichkeit gegeben, auf Kosten des Gläubigers spekulieren zu können. Ein derartiges Resultat geht weit über den gesetzlichen Zweck der aufschiebenden Einreden hinaus; es wird hierdurch nicht etwa der Nachlaß zusammengehalten für die spätere anteilige Befriedigung der Nachlaßgläubiger, sondern die Gesamtheit der Nachlaßgläubiger bezw. bei zureichendem Nachlasse der Erbe persönlich bereichern sich auf Kosten des Kontrahenten. Speziell auf diesen Fall hat Eccius aufmerksam gemacht und in überzeugender Weise im einzelnen die Unhaltbarkeit der sich aus dem Verzugsausschluß ergebenden Konsequenzen dargelegt. [1])

1) Vgl. a. a. O. Bd. 44, S. 901, 902. — Nur in einem Punkte ist Eccius nicht beizustimmen; Eccius nimmt nämlich zu Unrecht an, daß auch bei Vorliegen eines Fixgeschäftes der Verzug des Erben Voraussetzung für die Ausübung des Rücktrittsrechtes des Nachlaßgläubigers sei, daß also dieser trotz der Abrede des Fixgeschäftes bei der Leistungsverweigerung seitens des Erben an den Vertrag gebunden sei. Es ergibt sich aber aus § 361, daß das Rücktrittsrecht des Gläubigers bei dem Fixgeschäft lediglich die nicht rechtzeitige Leistung zur Voraussetzung hat, während es nicht darauf ankommt, ob der Schuldner sich im Verzug befindet oder nicht (vgl. auch Strohal Kommentar S. 207, v. Winterfeld a. a. O. S. 34/35). Nur für eine etwaige Schadensersatzforderung des Gläubigers wäre Verzug als Voraussetzung erforderlich (vgl. Planck a. a. O. Bd. 2, § 361, Bem. 2).

Die Bedenklichkeit dieses Resultates hat v. Winterfeld veranlaßt, nach einem Auswege zu suchen, um dem Gläubiger trotz des Verzugsausschlusses die Möglichkeit zu geben, vom Vertrage zurückzutreten, nämlich auf folgende Weise: Der Gläubiger klagt gegen den Erben auf Verurteilung zur Leistung Zug um Zug und läßt ihm in dem gemäß § 305 ZPO. erwirkten Urteil eine Frist setzen (§ 255 ZPO.) mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist die Annahme der Leistung verweigere (§ 283 BGB.). Leistet nun der Erbe innerhalb der ihm gesetzten Frist nicht, so kann der Gläubiger die Annahme der später angebotenen Leistung verweigern, während er selbst von der Verpflichtung zur Gegenleistung frei wird. (§ 325, Abs. 2 BGB.). Es stellt sich also das Recht des Gläubigers im kombinierten Fall der §§ 283, 325 als ein „besonders geartetes Rücktrittsrecht" dar, besonders geartet deshalb, weil der Gläubiger wegen der Nichterfüllung keinen Schadenersatz verlangen könne[1]).

Gegen diese Konstruktion v. Winterfelds ist, abgesehen davon, daß auch zur Erreichung dieses Zieles ein sonst überflüssiger Prozeß erforderlich ist, zweierlei einzuwenden: 1. ist sie unmöglich, und 2. würde sie, wenn sie in der angegebenen

---

Wenn aber auch bei der Abrede des Fixgeschäftes die Frage des Verzugseintrittes nicht von der Bedeutung ist, wie Eccius annimmt, so ist doch auch in diesem Falle das sich vom Standpunkt der älteren Ansicht ergebende Resultat unbefriedigend. Zwar hat der Gläubiger das Rücktrittsrecht, aber wenn er es ausübt, und gemäß den §§ 346 ff. vom Erben die Rückgewähr der schon empfangenen Leistung fordert, so kann der Erbe — wieder unter Berufung auf die §§ 2014, 2015 — diese verweigern, ohne in Verzug zu geraten, und dem Gläubiger bleibt dann nichts übrig, als bis zum Ablauf der Einredefrist zu warten. In allen Fällen eines Fixgeschäftes, in denen der Gläubiger seine Leistung schon ganz oder teilweise bewirkt hat, ist wegen der eben erwähnten Möglichkeit das Rücktrittsrecht für den Gläubiger praktisch von geringem Wert, wenn man annimmt, daß der Eintritt des Verzuges während der Einredefristen ausgeschlossen ist.

1) Vgl v. Winterfeld a. a. O. S. 33.

Weise möglich wäre, zu wesentlich anderen Resultaten führen, als v. Winterfeld annimmt.

Die Möglichkeit der Konstruktion scheitert praktisch daran, daß nach § 283 der Schuldner die Setzung einer „angemessenen" Frist verlangen kann. Wenn man aber, wie v. Winterfeld es tut, davon ausgeht, daß die §§ 2014, 2015 dem Erben ein materielles Leistungsverweigerungsrecht geben, so folgt daraus, daß eine vom Gesetz als „angemessen" bezeichnete Frist, innerhalb deren der Erbe leisten soll, nicht von kürzerer Dauer sein darf, als die Fristen der §§ 2014, 2015, während der er die Befriedigung der Nachlaßgläubiger verweigern darf. Es geht deutlich aus dem Worte „angemessen" hervor, daß die Dauer der Frist je nach der Rechtslage des einzelnen Falles zu bemessen ist[1]). Beantragt der klagende Gläubiger, daß die Frist im Urteil bestimmt werde (§ 255 ZPO.), so hat der Richter zu entscheiden, welches die Dauer einer für den vorliegenden Fall angemessenen Frist ist[2]). Die Bemessung der Frist wird nach zwei Gesichtspunkten zu erfolgen haben, nämlich, in welcher Zeit praktisch die Bewirkung der Leistung möglich ist, und zu welcher Zeit der Schuldner gesetzlich zur Bewirkung der Leistung verpflichtet ist. Nur bei Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte kann eine „angemessene" Frist bestimmt werden. Die Rücksicht auf den zuletzt erwähnten Gesichtspunkt verlangt aber, daß der Ablauf der Frist, innerhalb deren der Erbe leisten soll, nicht auf einen Zeitpunkt fallen darf, an dem der Erbe auf Grund eines ihm zustehenden materiellen Leistungsverweigerungsrechtes die Befriedigung des Gläubigers verweigern darf. Das Gegenteil wäre eine Umgehung des Gesetzes.

Es folgt hieraus, daß dem Gläubiger in der von v. Winterfeld angegebenen Weise nicht geholfen werden kann, denn die Frist muß, um angemessen zu sein, so bemessen sein, daß sie

---

1) So auch Planck a. a. O. Bd. 2, § 250, Bem. 2.
2) Vgl. Gaupp-Stein a. a. O. § 255, III 3.

einerseits die Dauer der in Frage kommenden Einredefrist, anderseits auch noch einen zur Bewirkung der Leistung erforderlichen Zeitraum nach Ablauf der Einredefrist umfaßt. Es ist dem Gläubiger also, auch wenn er dem Erben in dem gegen ihn erwirkten Urteile eine Frist setzen läßt, nicht möglich, vor Ablauf der Einredefristen von dem gegenseitigen Vertrage loszukommen. Damit erweist sich das Auskunftsmittel v. Winterfelds als praktisch unbrauchbar.

Sieht man aber von dem Erfordernis der Angemessenheit der zu setzenden Frist ab, und setzt man damit die Möglichkeit der v. Winterfeldschen Konstruktion voraus, so ergibt ihre Durchführung ein anderes Resultat, als v. Winterfeld annimmt.

v. Winterfeld geht bei der Auslegung des § 283 davon aus[1]), ein Unterbleiben der Leistung wegen „objektiver" Unmöglichkeit könne hier nicht gemeint sein; denn „sonst hätte der Schuldner sie bereits im Prozeß geltend gemacht, und er hätte nicht zur Leistung verurteilt werden können"; es sei also § 283 „für alle Fälle rein subjektiven Unvermögens geschaffen".

Diese Auslegung des § 283 ist viel zu eng; vielmehr umfaßt er außer dem subjektiven Unvermögen sämtliche Fälle, in denen eine objektive Unmöglichkeit in der Zeit von der letzten mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, bis zum Fristablauf eingetreten ist, oder in denen eine objektive Unmöglichkeit zwar schon früher eingetreten, aber aus irgend welchen Gründen vom Schuldner im Prozeß nicht geltend gemacht worden ist, und auf die gemäß § 767, Abs. 2 ZPO. nicht mehr zurückgegriffen werden darf; endlich umfaßt § 283 auch noch die Fälle, in denen eine Unmöglichkeit der Leistung überhaupt nicht vorliegt, sondern der Schuldner aus dem Grunde nicht leistet, weil er nicht leisten will[2]).

---

1) Vgl. a. a. O. S. 31.
2) Vgl. Staudinger a. a. O. Bd. 2, § 283, 1.

Ebenso wie das Anwendungsgebiet, ist auch die Bedeutung des § 283 anders, als v. Winterfeld annimmt. Es gibt nämlich kein „Rücktrittsrecht des § 283“ oder ein „besonders geartetes Rücktrittsrecht der §§ 283, 325“, von dem v. Winterfeld[1]) wiederholt spricht, und dessen Besonderheit darin bestehen soll, daß wegen § 283, Abs. 1, Satz 3 der Anspruch auf Schadensersatz wegfällt. Zunächst ist zu betonen, daß § 283 nur von der Verpflichtung des Schuldners spricht, nicht aber von „dem Anspruche des Schuldners auf Gegenleistung“[2]). Letzterer bestimmt sich lediglich nach den Vorschriften über gegenseitige Verträge. § 283 hat vielmehr lediglich den Zweck, den Gläubiger, der bei nicht erfolgter Leistung Schadensersatz verlangen will, von dem Nachweise zu befreien, daß die Leistung unmöglich sei (§ 280)[3]) oder daß sie infolge des Verzuges für ihn kein Interesse mehr habe (§ 286, Abs. 2). Demgegenüber steht dem Schuldner der Nachweis offen, daß die Nichtleistung auf einer von ihm nicht zu vertretenden Unmöglichkeit beruhe, um den Schadensersatzanspruch auszuschließen (§ 283, Abs. 1, Satz 3); d. h. in diesem Falle bleibt es bei der in § 275 getroffenen allgemeinen Regelung: der Schuldner wird frei, wenn die Leistung unmöglich wird, ohne daß er es zu vertreten hätte. Der Satz 3 besagt also nur, daß § 283 keine Ausnahme von dem in § 275 ausgesprochenen Grundsatze begründen soll.

Es kann also § 283, Satz 3 in vorliegendem Falle nicht zur Anwendung gelangen, da er als Voraussetzung eine Unmöglichkeit der Leistung hat, die hier, wie schon mehrfach erwähnt ist, und wie v. Winterfeld auch anerkennt[4]) nicht vorliegt. v. Winterfeld begründet den Ausschluß des Schadenersatzanspruches damit, daß „die Leistung wohl immer wegen eines Umstandes unterbleiben werde, den der Erbe nicht zu

1) a. a. O. S. 31, 32, 33.
2) So v. Winterfeld a. a. O. S. 31.
3) Vgl. Planck a. a. O. Bd. II, § 282, Bem. 1.
4) Vgl. a. a. O. S. 27.

vertreten habe — der Tod des Schuldners! die Geltendmachung der Einreden!“[1]). Während der erste hier angeführte Grund nicht recht verständlich ist, da v. Winterfeld die Fälle, in denen die Leistung durch den Tod des Schuldners unmöglich wird, wie eben erwähnt, mit vollem Rechte von der Besprechung ausgeschieden hat, liegt in der Anführung des zweiten Grundes eine Verwechselung zwischen einer vom Schuldner nicht zu vertretenden Nichtbewirkung einer möglichen Leistung und einer wegen nicht zu vertretender Unmöglichkeit erfolgenden Nichtleistung[2]). Daß letzteres vorliegt, ist von v. Winterfeld nicht behauptet worden, und doch könnte nur in dem Falle, daß es wirklich vorläge, § 283, Satz 3 zur Anwendung gelangen.

Diese Anwendung hätte dann aber wieder andere Folgen als v. Winterfeld annimmt; denn da im § 325, Abs. 1 die Rechte des Rücktritts und der Schadensersatzforderung einander völlig gleichgestellt sind, so ist anzunehmen, daß in diesem Falle dem Gläubiger ebensowenig wie der Schadensersatzanspruch das Rücktrittsrecht des § 325 zusteht[3]). Die Anwendung des § 283, Satz 3 würde also dazu führen, daß überhaupt nicht § 325, sondern § 323 in Betracht käme.

In Wahrheit liegen aus den angeführten Gründen auch vom

---

1) a. a. O. S. 33.

2) Diese Verwechselung ist anscheinend verursacht durch die Auffassung, der fruchtlose Fristablauf bewirke nach § 283 eine „fiktive Unmöglichkeit der Leistung“ (vgl. hierüber Näheres bei Romeick a. a. O. S. 23—31, sowie die ebenda S. 24 zit.). Aber selbst wenn man diese Frage dahingestellt sein lassen und so weit gehen wollte, die angebliche fiktive Unmöglichkeit der Leistung für die Anwendbarkeit des § 283, Satz 3 der tatsächlichen Unmöglichkeit gleichzustellen, so gelangte man doch zu keinem anderen Resultat; denn es läge immer nur eine vorübergehende Unmöglichkeit — die ja nur während der Dauer der Einredefristen besteht — vor, während nach allgemeiner Ansicht die Anwendbarkeit des § 283, Satz 3 dauernde Unmöglichkeit zur Voraussetzung hat.

3) So Planck a. a. O. Bd. 2, § 325, Bem. 4; Staudinger a. a. O. Bd. 2, § 283, Bem. 3; § 325, Bem. 4; Schollmeyer a. a. O. § 325, Bem. 8.

Standpunkte v. Winterfelds aus die Voraussetzungen des § 283, Satz 3 nicht vor. Wenn also der Erbe innerhalb der ihm gesetzten Frist nicht leistet, so erhält der Gläubiger nicht ein „besonders geartetes Rücktrittsrecht der §§ 283, 325", sondern die normalen Rechte, wie sie sich aus § 325 ergeben; er kann also vom Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Dieses Resultat ist aber genau dasselbe, das von der neueren Ansicht ohne den Umweg über § 283 und den dazu erforderlichen Prozeß erreicht wird; denn wenn die Geltendmachung der aufschiebenden Einreden den Eintritt des Verzuges nicht hindert, so kann der Gläubiger, um vom Vertrage loszukommen, dem Erben zur Bewirkung der Leistung eine angemessene [1]) Frist setzen und erhält, falls der Erbe nicht innerhalb dieser Frist leistet, das Recht, vom Vertrage zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (§ 326, Abs. 1). In den Fällen des § 326, Abs. 2 bedarf es hierzu nicht einmal der Fristsetzung.

Aus der von v. Winterfeld nicht berücksichtigten Vorschrift des § 327, Satz 2 ergibt sich folgender Unterschied zwischen den sonst im wesentlichen gleichen Resultaten. Während nach der neueren Ansicht für das dem Gläubiger aus § 326 zustehende Rücktrittsrecht die Vorschriften der §§ 346 ff entsprechend anzuwenden sind (§ 327, Satz 1), so haftet der Erbe, wenn man, wie v. Winterfeld annimmt, er habe die Geltendmachung der Einreden nicht zu vertreten, „nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung" (§ 327, Satz 2).

---

1) Es ist besonders darauf hinzuweisen, daß die Bedenken, die gegen die Durchführung der Konstruktion v. Winterfelds aus dem Erfordernis der Angemessenheit der Frist hergeleitet wurden, hier wegfallen, wo dem Anspruch des Gläubigers nicht eine materiellrechtliche, sondern eine lediglich die Durchführung der Zwangsvollstreckung hindernde, prozeßrechtliche Einrede entgegensteht.

Eine Zusammenfassung der vorstehenden Ausführung ergibt also, daß der Vorschlag v. Winterfelds zur Vermeidung der von ihm als „unleidlich“ bezeichneten praktischen Resultate der älteren Auffassung[1]) nicht durchführbar ist, daß aber eine ohne Rücksicht hierauf erfolgende Durchführung zu annähernd dem gleichen Resultate gelangt wie die neuere Auffassung. Hierin liegt zugleich ein weiteres Argument für die Richtigkeit und praktische Notwendigkeit der Auffassung von der prozeßrechtlichen Natur der Einreden der §§ 2014, 2015.

b) Der Annahmeverzug.

Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich für die Durchführung der v. Winterfeldschen Auffassung aus den Vorschriften über den Annahmeverzug.

Strohal hat zuerst darauf hingewiesen,[2]) daß bei Vorliegen eines gegenseitigen Vertrages der Gläubiger den Erben in Annahmeverzug versetzen würde, wenn er dem Erben seine Leistung anbietet, dieser aber zur Annahme wohl bereit ist, aber mit Berufung auf die §§ 2014, 2015 die Gegenleistung verweigert. (§ 298 BGB.).

Über die Voraussetzungen des Eintrittes des Annahmeverzuges in einem derartigen Falle ergibt sich im einzelnen, daß § 298 zur Anwendung gelangt, wenn der „Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet ist“; das ist aber der Fall nicht nur bei allen gegenseitigen Verträgen, sondern überhaupt bei allen Leistungen, die Zug um Zug zu erfüllen sind.[3]) In allen diesen Fällen ist Voraussetzung des Annahmeverzuges, das Nichtanbieten der verlangten Gegenleistung gegen die vom anderen Teile angebotene Leistung.

---

1) a. a. O. S. 35.

2) Kommentar S. 207.

3) Vgl. die Bemerkung zu § 298 in den Komm. von Planck, Oertmann u. Schollmeyer.

Damit ist gesagt, die Leistung muß vom Schuldner ordnungsgemäß angeboten sein, also was vor allem hier in Frage kommt: zur rechten Zeit. Wenn nun im allgemeinen der Schuldner bei einer Zeitbestimmung im Zweifel auch schon vorher zur Leistung berechtigt ist (§ 271 BGB.), so kann er eine Leistung, gegen die er eine Zug um Zug zu erfüllende Gegenleistung verlangt, ordnungsgemäß nur bei Fälligkeit der Gegenleistung anbieten. Es ist damit also die Fälligkeit Voraussetzung des Annahmeverzuges, sodaß die Vertreter der älteren Ansicht von der Hinausschiebung der Fälligkeit durch die Einreden der §§ 2014, 2015 nicht zu den hier erörterten Konsequenzen genötigt sind. Dagegen ist aber die Fälligkeit neben den sonstigen Erfordernissen eines ordnungsgemäßen Angebots, die hier als gegeben angenommen werden können, die einzige Voraussetzung; daß die Nichtannahme des Gläubigers auf einem zu vertretenden Umstande oder gar einem Verschulden beruhen müsse, ist zweifellos nicht erforderlich. Dies geht schon daraus deutlich hervor, daß das BGB. überhaupt keine allgemeine Pflicht des Gläubigers zur Annahme kennt (arg. §§ 433, 640 BGB.)[1]) und daß es deshalb ganz unmöglich ist, etwa wie beim Leistungsverzug einen Exkulpationsbeweis zu führen, die „Pflichtverletzung" beruhe auf einem nicht zu vertretenden Umstande. Es ist also bei der Annahme, daß die Fälligkeit der Forderung durch die Einreden der §§ 2014, 2015 nicht hinausgeschoben wird, die Konsequenz ganz unvermeidlich, daß bei Zug um Zug zu erfüllenden Leistungen nach erfolgtem Angebot durch den Nachlaßgläubiger der Erbe bei Verweigerung seiner Leistung mit Berufung auf seine Rechte aus den §§ 2014, 2015 in Annahmeverzug gerät.

---

1) Abweichend nur Rehbein a. a. O. S. 135, 136; der eine derartige Pflicht auch für den Pfandschuldner, Vermieter, Verpächter, Verleiher, Kommittenten usw. annimmt, m. a. W. dem Schuldner „stets ein Recht auf Lösung des Schuldverhältnisses" zuspricht. Auch Rehbein ist aber der Ansicht, daß der Annahmeverzug keinen zu vertretenden Umstand voraussetzt.

Dies hat aber wichtige Folgen für die Gestaltung der Rechtslage zwischen Gläubiger und Erben, die hier kurz angeführt werden.

Die Haftung des Nachlaßgläubigers vermindert sich während des Annahmeverzuges; er hat nur noch Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 300, Abs. 1). Die Gefahr einer zufällig eintretenden Unmöglichkeit der vom Nachlaßgläubiger geschuldeten Leistung wird vom Erben getragen; bei Speziesschulden ergibt sich dies aus § 275, für Gattungsschulden aus § 300, Abs. 2. Bei gegenseitigen Verträgen greift § 324, Abs. 2 ein, nach dem der Nachlaßgläubiger, der durch Unmöglichkeit der Leistung, die er nicht zu vertreten hatte, befreit ist, seinen Anspruch auf Gegenleistung des Erben behält.

Bei Vorliegen eines Dienstvertrages kann der zur Dienstleistung verpflichtete Nachlaßgläubiger die vereinbarte Vergütung vom Erben verlangen, ohne selbst nachleisten zu müssen (§ 615); beim Werkvertrag kann der Unternehmer vom Erben sogar Entschädigung fordern (§ 642); außerdem geht die Gefahr auf ihn über (§ 644, Abs. 1, Satz 2).

Endlich ergibt sich bei Vorliegen eines Kaufvertrages, in dem der Erblasser vom Nachlaßgläubiger gekauft hat, unter den angeführten Voraussetzungen aus dem Zusammenhange der §§ 298, 452 eine Verpflichtung des Erben zur Verzinsung des Kaufpreises.

Der Kaufpreis ist von dem Zeitpunkt an durch den Käufer zu verzinsen, von dem an ihm die Nutzungen des gekauften Gegenstandes gebühren (§ 452).

Dieser Zeitpunkt ist aber ebenso wie der des Gefahrüberganges an die Übergabe der Sache geknüpft (§ 446, Abs. 1). Die beiden Sätze des § 446, Absatz 1, die dieses bestimmen, stehen in engem Zusammenhange zueinander; denn das Gebühren der Nutzungen ist das natürliche Äquivalent für die Gefahrtragung, wie es schon in dem Satze ausgesprochen ist: cuius est periculum eius et est commodum. Demgemäß gebühren die

Nutzungen dem Käufer, wenn die Gefahr schon vor der Übergabe auf ihn übergeht, schon von diesem Zeitpunkt an. So ist es auch im Falle des Annahmeverzuges; zugleich mit dem Übergang der Gefahr gebühren die Nutzungen dem Käufer, und er hat also vom Eintritt des Annahmeverzuges an den Kaufpreis zu verzinsen.[1])

Demnach ist also der Erbe in diesem Falle zur Verzinsung des Kaufpreises verpflichtet, weil er durch die Verweigerung seiner Zahlung in Annahmeverzug geraten ist, sodaß also der Gläubiger, der gegen den Erben den Kaufpreis einklagt, 4% Zinsen seit der Leistungsverweigerung fordern kann, ohne sich auf den Leistungsverzug des Erben berufen zu müssen. Es kommt hier also praktisch garnicht mehr auf die Frage an, ob Leistungsverzug vorliegt oder nicht.

Die Bedeutung der vorstehenden Ausführung besteht nicht etwa darin, daß aus dem Bestehen des Annahmeverzuges auf den Eintritt des Leistungsverzuges des Erben geschlossen werden soll; auch bei einem gegenseitigen Vertrage ist der Eintritt des Leistungsverzuges völlig unabhängig vom Annahmeverzug.[2])

Die dargestellten Wirkungen des Annahmeverzuges modifizieren aber in erheblicher Weise das praktische Gesamtresultat der vermittelnden Ansicht v. Winterfelds, von dessen Standpunkt aus der Eintritt des Annahmeverzuges wohl unbestreitbar ist. Wenn wirklich das Gesetz durch den Ausschluß des Leistungsverzuges jede Mehrbelastung des Nachlasses durch Zins- und Schadensersatzansprüche oder die Folgen der Gefahrtragung während der Einredefristen verhindern wollte, so wäre

---

1) Derselben Ansicht Oertmann a. a. O. § 446, Bem. 3, 5; Crome a. a. O. Bd. 2, S. 214/15; Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 242, II; Dernburg a. a. O. Bd. 2, § 175, I; Endemann a. a. O. Bd. 1, § 159, 6.

2) Ebenso Planck a. a. O. Bd. 2, § 298, 2; Staudinger a. a. O. Bd. 2, § 298, 2b; Schollmeyer a. a. O. §§ 297—299, 2d; anders nur Kohler, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13, S 190, 191 und ihm folgend Utiewsky a. a. O. S. 24.

festzustellen, daß dieser Zweck bei Vorliegen eines gegenseitigen Vertrages durchaus nicht erreicht wäre; zugleich würde sich auch eine außerordentliche Ungleichheit in der Stellung der Nachlaßgläubiger, die zum Erblasser in einem gegenseitigen Vertragsverhältnis standen, gegenüber den anderen ergeben.

Diese Beeinträchtigung des praktischen Ergebnisses fällt bei der neueren Ansicht fort. Da hier schon durch die Leistungsverweigerung des Erben die stärkeren Wirkungen des Leistungsverzuges eintreten, ist die Tatsache, daß bei Vorliegen eines gegenseitigen Vertrages der Erbe außerdem in Annahmeverzug gerät, von geringerer Bedeutung. Jedenfalls tut der Eintritt der Wirkungen des Annahmeverzuges der Einheitlichkeit und Gleichmäßigkeit des Gesamtresultates keinen Abbruch.

II. Ausübung des Rücktrittsrechtes.

Die Verschiedenheit der Auffassungen der aufschiebenden Einreden kann ferner von Einfluß sein auf die Gestaltung der sich bei Ausübung des Rücktrittsrechts ergebenden Rechtslage. Wird nämlich der Rücktritt erklärt, nachdem von beiden Seiten schon teilweise geleistet worden ist, so ist die sich nach den §§ 346 ff. ergebende Rechtslage ähnlich wie bei Vorliegen eines gegenseitigen Vertrages (vgl. den Hinweis in § 348). Auch hier ist die Frage des Verzugseintrittes im folgenden Fall von Bedeutung. Der Erbe ist zum Rücktritt berechtigt und erklärt dem Kontrahenten, daß er vom Vertrage zurücktrete. Zugleich verweigert er mit Berufung auf die aufschiebenden Einreden die Rückgewähr der empfangenen Leistung.

Wenn hier der Eintritt des Verzuges ausgeschlossen wird, so gerät der Kontrahent in eine mißliche Lage. Während er nämlich nach der neueren Ansicht gemäß § 354 dem Erben eine angemessene Frist setzen kann mit dem Erfolg, daß der Rücktritt unwirksam wirkt, wenn die Rückgewähr nicht innerhalb der gesetzten Frist erfolgt, so bleibt nach der älteren An-

sicht einerseits die erfolgte Rücktrittserklärung wirksam, anderseits kann trotzdem der Erbe die Rückgewähr verweigern, solange ihm die Rechte aus den §§ 2014, 2015 znstehen. Ferner muß der Kontrahent, ebenso wie bei Vorliegen eines gegenseitigen Vertrages, in der ganzen Zeit, in der ihm die Rückgewähr seiner Leistung vorenthalten wird, gewärtig sein, daß der Erbe, sobald es ihm vorteilhaft erscheint, Rückgewähr der empfangenen Leistungen Zug um Zug verlangt.

Auch der Wegfall dieser Verzugsfolge würde eine Rechtsverletzung in sich schließen, die zur Erreichung des gesetzlichen Zweckes der Einreden nicht erforderlich ist.

III. Die Vertragsstrafe.

Eine weitere Verzugsfolge ist der Eintritt einer vereinbarten Vertragsstrafe (§ 339). Nach der älteren Ansicht verliert die zwischen dem Erblasser und dem Gläubiger für den Fall, daß die Verbindlichkeit nicht oder nicht gehörig erfüllt wird, getroffene Vereinbarung einer Konventionalstrafe bei Leistungsverweigerung durch den Erben innerhalb der Einredefristen jede Bedeutung, da die Vertragsstrafe wegen des Fehlens des Verzuges nicht verfällt. Nach der neueren Ansicht bleibt es auch in diesem Falle bei der normalen gesetzlichen Regelung, nach der mit Eintritt des Verzuges die vereinbarte Vertragsstrafe verfällt.

v. Winterfeld bezeichnet die Vertragsstrafe als eine der „empfindlichsten Verzugswirkungen", die eine unbillige Mehrbelastung des Nachlasses herbeiführen würde.[1])

Allerdings tritt in dem dort angeführten Beispiel eines Lieferungsvertrages mit Verabredung einer Vertragsstrafe von M. 100.— für jeden Tag, an dem der Schuldner mit seiner Leistung im Rückstande bleibt, eine erhebliche Mehrbelastung

1) a. a. O. S. 50/51.

des Nachlasses ein. Man gelangt aber bei alleiniger Betrachtung derartiger, für den Nachlaß außerordentlich ungünstiger Fälle zu einer einseitigen Vorstellung über die Verzugsfolgen. Außerdem ist zu erwägen, daß der Erblasser, der eine solche Konventionalstrafe versprochen hat, dazu durch irgendwelche Gründe veranlaßt worden ist — sei es durch Erlangung eines Äquivalentes in Gestalt eines günstigen Kaufpreises, sei es mit Rücksicht auf die Wirtschaftslage, sei es auch nur infolge eigener geschäftlicher Unerfahrenheit. Es kann aber keine Unbilligkeit darin liegen, wenn der Nachlaß in der Verfassung den Gläubigern zukommt, wie es sich aus den normalen Folgen der vom Erblasser geschlossenen Verträge ergibt. Sind diese Verträge ungünstig gewesen, so leidet der Nachlaß darunter, während der Gläubiger, der zu Lebzeiten des Erblassers mit diesem einen für ihn selbst so günstigen Vertrag abgeschlossen hatte, verhältnismäßig günstig davon kommt.

Würde aber infolge einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe eine zu große Benachteiligung eintreten, so kann die vereinbarte Vertragsstrafe „auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden“ (§ 343). Dagegen läge eine Unbilligkeit darin, in den von der Bestimmung des § 343 nicht getroffenen Fällen durch das Nichteintreten der Konventionalstrafe die gültig erworbenen Rechte Einzelner zugunsten der übrigen Nachlaßgläubiger oder gar des Erben zu verletzen.

IV. Miete und Werkvertrag.

Bei einem zwischen dem Erblasser und dem Nachlaßgläubiger geschlossenen Mietvertrage kann die Frage des Verzugseintrittes in folgendem Falle von Bedeutung werden. Der Erblasser hat dem Nachlaßgläubiger eine Sache vermietet, die mit einem Fehler behaftet ist, der ihre Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauche aufhebt oder mindert, oder der eine

zugesicherte Eigenschaft fehlt. Der Gläubiger verlangt Beseitigung des Mangels, die der Erbe mit Berufung auf die §§ 2014, 2015 verweigert.

Wenn hier der Erbe nicht in Verzug gerät, so fehlt dem Mieter das Recht, den Mangel selbst zu beseitigen und Ersatz der dazu erforderlichen Aufwendungen verlangen (§ 538, Abs. 2). Das Fehlen dieses Rechtes kann für den Mieter recht störend sein, wenn es sich z. B. um unaufschiebbare Reparaturen handelt. Wenn der betreffende Mangel erst nach Abschluß des Vertrages infolge eines Umstandes entsteht, den der Vermieter nicht zu vertreten hat, so fehlt dem Mieter bei Nichteintritt des Erbenverzuges auch noch das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (§ 538, Abs. 1), sodaß er dann nur auf die keinesfalls gleichwertigen Rechte des § 537 beschränkt ist.

Weiterhin kommt bei Vorliegen eines Werkvertrages die dem § 538, Abs. 2 entsprechende Bestimmung des § 633, Abs. 3 in Betracht, bezüglich derer auf vorstehende Ausführung verwiesen wird.

V. Abzahlungsgeschäft.

Endlich ist noch auf den wichtigen, weil sehr häufigen Fall des Abzahlungsgeschäftes hinzuweisen.

Hier ist die Klausel, daß bei Nichterfüllung der dem Käufer obliegenden Verbindlichkeiten die Restschuld fällig sein solle, nur wirksam, wenn der Käufer mit zwei aufeinanderfolgenden Teilzahlungen „im Verzug“ ist (Ges. betr. die Abzahlungsgeschäfte § 4, Abs. 2).

Diese in Abzahlungsverträge regelmäßig aufgenommene Klausel würde, wenn dem Erben des Käufers ein materielles Leistungsverweigerungsrecht zustände, während der Einredefristen nicht wirksam werden können. Der Verkäufer kann zwar, wenn das Rücktrittsrecht und der Eigentumsvorbehalt in den Vertrag aufgenommen ist, die Herausgabe der Sachen verlangen. In allen Fällen aber, in denen die Forderungen des

Verkäufers für infolge des Vertrages gemachte Aufwendungen, für Beschädigungen der Sache, welche durch ein Verschulden des Käufers oder einen sonstigen zu vertretenden Umstand verursacht sind, sowie für die stattgefundene Gebrauchsüberlassung und Benutzung (§ 2 eod.) die geleisteten Abzahlungen übersteigen, in denen also der Verkäufer neben der Herausgabe der Sachen noch eine Zuzahlung vom Käufer verlangen kann, hat der Nichteintritt des Erbenverzuges eine durch die Berufung auf den gesetzlichen Zweck der §§ 2014, 2015 nicht gerechtfertigte Schädigung des Verkäufers zur Folge, die bei Annahme des Verzugseintrittes vermieden wird.

Übereinstimmend stellt sich bei sämtlichen erwähnten Fällen heraus, daß die gesetzlich getroffene Regelung der einzelnen Rechtsverhältnisse durch den Wegfall des Verzuges stark beeinträchtigt wird, und überall zu Gunsten der Nachlaßgläubigergesamtheit bezw. des Erben eine empfindliche Benachteiligung der einzelnen Gläubiger, denen gegenüber die Leistung verweigert wird, eintritt. Dies wird auch von Vertretern der älteren Ansicht anerkannt; so spricht Dernburg[1]) davon, daß die in den §§ 2014, 2015 getroffene Regelung „dem Erben eine sonst im Recht unerhörte Bevorzugung“ gäbe.

Eine solche Bevorzugung, mit der auf der anderen Seite eine entsprechende Schädigung der betroffenen Nachlaßgläubiger eintritt, wäre nur zu rechtfertigen, wenn sie unumgänglich notwendig wäre, um den gesetzlichen Zweck der aufschiebenden Einreden zu erreichen. Dies ist aber nicht der Fall, da sie sich aus § 782 ZPO. ergebenden Rechte sich hierfür als durchaus ausreichend erweisen.

Zugleich ergibt der allgemeine Gesichtspunkt einer möglichst schonenden Lösung von Interessenkollisionen, daß die Auslegung den praktischen Bedürfnissen am besten entspricht, die unter Erreichung des gesetzlichen Zweckes eine vom nor-

1) a. a. O. Bd. 5, § 168, II 2.

malen Verlaufe nicht abweichende, ungestörte Abwickelung der bestehenden Rechtsverhältnisse ermöglicht. Da dies aber bei dem Verzugseintritt der Fall ist, so erweist sich damit die praktische Brauchbarkeit der neueren Ansicht.

VI. Die Prozeßkosten.

Die Verschiedenheit der älteren und der neueren Auffassung ist endlich auf prozessualem Gebiete von Einfluß für die Frage, wer die Prozeßkosten zu tragen hat, wenn der Gläubiger den auf Grund seiner Rechte aus den §§ 2014, 2015 die Leistung verweigernden Erben verklagt und der Erbe nach Eröffnung der Verhandlung den geltend gemachten Anspruch sofort anerkennt.

Vom Standpunkte der neueren Auffassung aus kann die Antwort auf diese Frage nur dahin lauten, daß der Erbe als unterliegende Partei die Kosten zu tragen hat (§ 91 ZPO.). Der in § 93 ZPO. geregelte Ausnahmefall liegt nicht vor; denn da der Erbe durch die Leistungsverweigerung in Verzug gerät, so hat er damit zugleich auch „Veranlassung zur Erhebung der Klage gegeben", sodaß § 93 ZPO. also nicht anwendbar ist.[1])

Zweifelhafter dürfte es dagegen sein, wenn man annimmt, der Erbe gerate durch die Leistungsverweigerung nicht in Verzug. Die meisten Vertreter dieser Ansicht nehmen an, daß der Gläubiger in diesem Falle die Kosten tragen müsse, und begründen dies damit, daß ein Beklagter, der nicht im Verzuge ist, auch im Sinne des § 93 nicht Veranlassung zur Klage gegeben habe.[2])

Diese Begründung hält jedoch einer genaueren Betrachtung

---

1) Vgl. Herzfelder, Kommentar S. 250; Hagen a. a. O. S. 68; Seuffert a. a. O. § 93, 1; OLG. Jena, a. a. O. Bd. 55, S. 193; OLG. Marienwerder Posener Monatsschr. 1906, S. 97.

2) So Gaupp-Stein a. a. O. § 93 III, Note 40, § 305 IV; v. Winterfeld a. a. O. S. 33; OLG. Breslau a. a. O. S. 10/11; Rechtspr. des OLG. Bd. 2, S. 388, Bd. 3, S. 434.

nicht Stich, da das Fehlen des Leistungsverzuges allein noch nicht die Anwendung des § 93 rechtfertigt.[1]) Zur Feststellung, ob der Beklagte Veranlassung zur Klagerhebung gegeben hat oder nicht, ist vielmehr im einzelnen Falle zu prüfen, was der Kläger vom Beklagten vor der Klagerhebung zu verlangen berechtigt war. Die §§ 305, 782 ZPO. ergeben, daß die Erledigung der dem Erben zustehenden Rechte ausschließlich auf das Vollstreckungsverfahren verwiesen sind, und daß also der gegen den Erben vorgehende Gläubiger bei sofortigem Anerkenntnis des Erben ein Recht auf einen vollstreckbaren Titel hat. Der Erbe hat aber die Möglichkeit, dem Gläubiger auch ohne voraufgegangenen Prozeß einen solchen zu verschaffen (§ 794, Ziffer 5, ZPO.). Unterläßt der Erbe dies, so zwingt er den Gläubiger, der sich in Besitz eines vollstreckbaren Titels gegen ihn setzen will, zum Prozeß und gibt damit die Veranlassung zur Klagerhebung. Der § 93 ist also auch hier nicht anwendbar, und der Erbe hat, einerlei ob er sich im Verzuge befindet oder nicht, auch bei sofortigem Anerkenntnis die Kosten des Rechtsstreites zu tragen, sofern er dem Gläubiger nicht eine vollstreckbare Ausfertigung angeboten hat.[2])

Schluß:

Die Bedeutung der in vorstehender Arbeit erörterten Frage besteht nicht nur darin, daß sich je nach der Beantwortung die praktischen Folgen der Geltendmachung der aufschiebenden Einreden durch den Erben verschieden gestalten, sondern die Entscheidung dieser Frage ist auch für die Bestimmung des allgemeinen Begriffes der Einrede des BGB. von Wichtigkeit.

Das BGB. hat es nicht nur unterlassen, eine Definition des Einredebegriffes zu geben, sondern es fehlt auch beinahe voll-

---

1) Vgl. Seuffert a. a. O. § 93, 1.

2) Vgl. auch hierzu die oben zit. Ausführungen der OLG. Jena und Marienwerder.

ständig an Bestimmungen, die für die Einrede im allgemeinen zur Anwendung gelangen. Als gemeinsame Vorschrift für peremtorische und dilatorische Einreden kommt nur die negative Bestimmung des § 390 in Frage, für die dilatorische daneben noch § 202, Abs. 1; jedoch fällt die hiernach eintretende Hemmung der Verjährung gemäß Abs. 2 für die meisten dilatorischen Einreden[1]) wieder fort. Aus dem Umstande, daß das BGB. anstatt allgemeiner Vorschriften für die verschiedenen dilatorischen Einreden die mannigfachsten Sonderbestimmungen trifft, ist es wohl zu erklären, wie außerordentlich bestritten das Wesen und die Wirkungen der Einrede sind.

Es würde weit über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, auf Grund der vorstehenden Erörterungen irgendwelche Schlüsse auf die Natur des allgemeinen Einredebegriffes zu machen. Die Festlegung dieses Begriffes ist erst möglich nach vorheriger Darlegung sämtlicher für die einzelnen Einreden in Frage kommenden Sonderbestimmungen. In diesem Zusammenhange ist es von Bedeutung, folgendes als Resultat der vorstehenden Arbeit festzustellen:

1. Durch die Geltendmachung der aufschiebenden Einreden wird die Verurteilung des Erben zu gegenwärtiger Leistung nicht ausgeschlossen (§ 305 ZPO.).

2. Die Verjährung wird durch die dem Erben nach den §§ 2014, 2015 zustehenden Rechte nicht gehemmt (§ 202, Abs. 2 BGB.).

3. Aus 1. und 2. folgt, daß die Einreden der §§ 2014, 2015 den Eintritt der Fälligkeit der Nachlaßverbindlichkeiten nicht hinausschieben, ferner, daß sie die Aufrechnung nicht ausschließen.

4. Die Geltendmachung der aufschiebenden Einreden ist ein Umstand, den der Erbe zu vertreten hat.

5. Aus 3. und 4. folgt, daß der Erbe bei Verweigerung der Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit in Leistungsverzug gerät (§§ 284, 285 BGB.).

---

1) Nach Friedenthal a. a. O. S. 40 sogar für alle.

6. Aus 1. bis 5. folgt, daß den aufschiebenden Einreden des Erben alle materiellrechtlichen Wirkungen, die bei einer dilatorischen Einrede nach BGB. möglich sind, fehlen, daß sie auf den Bestand des Rechtsverhältnisses zwischen Erben und Nachlaßgläubiger und den Inhalt des gemäß § 305 ZPO. ergehenden Urteils ohne jeden Einfluß sind, daß somit die aufschiebenden Einreden nicht als materiellrechtliche Einreden bezeichnet werden können.

7. Die gegenteilige Auffassung der Gesetzesmaterialien kommt, abgesehen davon, daß ihnen im allgemeinen keine ausschlaggebende Bedeutung zukommt, deshalb nicht in Betracht, weil zu dieser Zeit die für die rechtliche Natur der aufschiebenden Einreden des Erben vor allen bedeutsamen Vorschriften der §§ 202, Abs. 2 BGB., 305 ZPO. noch garnicht bezw. nicht in der heutigen Fassung vorhanden waren.

8. Die Wirkungen der aufschiebenden Einreden des Erben bestehen nur in dem Rechte des Erben, während der Einredefristen die Beschränkung der Zwangsvollstreckung des Nachlaßgläubigers auf Arrestvollzugsmaßregeln zu beschränken (§ 782 ZPO.).

9. Die sich aus § 782 ZPO. ergebenden Wirkungen sind geeignet, den gesetzlichen Zweck der aufschiebenden Einreden zu erreichen.

10. Die praktischen Folgen der Auffassung der aufschiebenden Einreden des Erben als lediglich prozeßrechtlicher Einreden ergeben ein befriedigenderes und den Erfordernissen von Treu und Glauben besser entsprechendes Resultat als diejenigen der älteren Ansicht von der materiellrechtlichen Natur der Einreden.